



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE COMBATE AO TERRORISMO: O CRIME DE RECRUTAMENTO

CATARINA SENGO FURTADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE

CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2018

*“O terrorismo venceria no exato dia em que nós
prescindíssemos do Estado de Direito Democrático.”*

- Rui Pereira

Resumo:

O fenómeno do terrorismo é hoje um tema presente no dia-a-dia dos Estados e dos cidadãos. Com o aumento do número de ocorrências, aumenta igualmente a insegurança em territórios outrora considerados seguros quanto a este tipo de acontecimentos, não se encontrando mais a salvo. O tipo de infrações terroristas que conhecíamos tem sofrido alterações, tendo-se, hoje, tornado mais fáceis de implementar. Concomitantemente, a disseminação da mensagem terrorista e o recrutamento de novos membros encontra-se, muito por força do desenvolvimento da Internet, igualmente facilitado. A combinação destes fatores gera hoje uma enorme imprevisibilidade quanto ao surgimento de novos riscos para os Estados. A ameaça crescente resultante destes fatores de perturbação, aliada ao medo igualmente crescente da ocorrência do fenómeno têm levado a um aumento da discussão sobre estas matérias nomeadamente, quanto ao modo como o Direito poderá reagir face às mesmas. O Direito Penal terá aqui, sem qualquer dúvida, um papel fundamental. Mas que *armas* serão de admitir neste *combate*? Deveremos abdicar dos princípios de Estado de Direito Democrático que regem as sociedades ocidentais em prol de um *combate* mais eficaz? Partindo da análise da conceção de Direito Penal do Inimigo formulada por GÜNTHER JAKOBS, pretendemos analisar aquelas que têm sido as posições avançadas quanto ao sentido e missão do Direito Penal na luta contra este fenómeno, enunciando também aquelas que são hoje, as manifestações ou esferas do fenómeno terrorista. Posteriormente, uma vez encontrado aquele que poderá ser, a nosso ver, o papel, o alcance e, fundamentalmente, os limites do raio de ação do Direito Penal neste combate, partiremos para uma análise concreta da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que aprovou a Lei do Combate ao Terrorismo, nomeadamente, do seu artigo 4.º, n.º 6, relativo ao crime de recrutamento para o terrorismo, levantando várias questões que se nos suscitam em redor do mesmo. Finalmente, procurar-se-á, em função dos resultados encontrados, concluir pela existência ou não de um Direito Penal do Inimigo na Lei de Combate ao Terrorismo, especificamente no que respeita ao crime de recrutamento, aí se ponderando a admissibilidade da resposta do Direito Penal em face dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático.

Palavras-chave:

Terrorismo; recrutamento; direito penal do inimigo; intervenção penal; exceção; prevenção.

Abstract:

The phenomenon of terrorism is nowadays one main issue for the States and the citizens. With the increase of the number of occurrences, the feeling of insecurity also rises, including in territories once considered safe from this kind of dangers. The type of terrorist infractions that we had known before has suffered changes and is nowadays easily implemented. Simultaneously, the spread of the terrorist message and the recruitment of new members is equally facilitated, especially with the development of the Internet. Combining these factors, there is an enormous unpredictability concerning the appearance of new risks for the States. The rising threat resulting from these disturbing issues, coupled with the growing fear of the terrorist phenomenon's occurrence, has led to an increasing discussion on these issues, including how the Law might face them. There is no doubt on the key role of Criminal Law when facing these issues and challenges. But what weapons will be deemed admissible in this fight? Should we abandon the principles of the rule of law that govern Western societies in favor of a more effective combat? Starting from the analysis of the Criminal Law of the Enemy developed by GÜNTHER JAKOBS, we intend to analyze those positions that have been enunciated regarding the role of Criminal Law in the fight against this phenomenon as well as enunciate those that are nowadays the manifestations or spheres of the terrorist phenomenon. Subsequently, once we have found the role, scope and, specially, the limits of the scope of Criminal Law in this fight, we will carry out a specific analysis of Law no. 52/2003, of 22 August, which has approved the Law on Combating Terrorism, more specifically of its Article 4 no. 6, regarding the crime of recruitment for the practice of terrorist acts, raising several issues that arise around it. Finally, based on the results found, we will try to conclude whether or not a Criminal Enemy Law exists in the Law on Combating Terrorism, specifically in what regards to the crime of recruitment, considering the legal admissibility of Criminal Law's response before the principles of the rule of law.

Keywords:

Terrorism; recruitment; criminal law of the enemy; criminal intervention; exception; prevention.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
amp.	-	ampliada
art., arts.	-	artigo, artigos
cap.	-	capítulo
cf.	-	confira, confronto
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
EGGVG	-	<i>Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz</i>
e. g.	-	<i>exempli gratia</i> (por exemplo)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
LCT	-	Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao
Terrorismo)		
n.º, n.ºs	-	número, números
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
RStGB	-	<i>Reichsstrafgesetzbuch</i>
s., ss.	-	seguinte, seguintes
séc.	-	século
StGB	-	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemão)
StPO	-	<i>Strafprozeßordnung</i> (Código de Processo Penal alemão)
v. g.	-	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)
vol., vols.	-	volume, volumes

ÍNDICE

I.	Introdução	7
II.	A doutrina do Direito Penal do inimigo	10
III.	O combate ao fenómeno do terrorismo	23
	a. Considerações gerais	23
	b. Os centros de gravidade do terrorismo. Em especial: a forma inspiradora	24
	c. Aproximação ao conceito jurídico de terrorismo	29
	d. Evolução legislativa	30
	e. Função do Direito Penal e meios de combate ao terrorismo: meios e instrumentos excepcionais	36
IV.	O crime de recrutamento previsto no artigo 4.º, n.º6 da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto: um caso de Direito Penal do inimigo?	59
V.	Considerações finais	75
VI.	Bibliografia	77
VII.	Jurisprudência	81

I. INTRODUÇÃO

É partindo da diferenciação entre cidadão e inimigo do Direito que GÜNTHER JAKOBS desenvolve o chamado Direito Penal do inimigo¹, recebendo inúmeras críticas por parte da doutrina quanto a esta forma de repressão². Como exemplos de Direito Penal do inimigo têm sido apresentadas áreas de criminalidade organizada com especial perigosidade, como é o caso do crime de terrorismo³.

Neste trabalho, propomo-nos a explorar e apresentar o tema do terrorismo e da possibilidade de o mesmo ser apontado como um caso de Direito Penal do inimigo, uma vez que as medidas tomadas pelo legislador podem colocar dúvidas quanto à intervenção penal prender-se, ou não, com princípios de prevenção e operar de acordo com o princípio da intervenção mínima⁴. Procuraremos incidir a análise do presente sobre a Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo) em geral e, em especial, sobre o artigo 4.º, n.º 6 do mesmo diploma, na medida em que pune aquele que recrute agentes para a prática de atos previstos e punidos como crimes de terrorismo, com pena de prisão de 2 a 5 anos. A pesquisa versará sobre a necessidade de tutela penal do empreendimento por parte de grupos, organizações, associações ou agrupamentos de pessoas de forma a procurar a justificação dessa dignidade penal.

A tipificação do crime de terrorismo *stricto sensu* em todas as suas vertentes (difusão da mensagem, treino ou instrução, financiamento, recrutamento ou viagem)⁵ demonstra a necessidade de acautelar situações de potencial perigo e antecipar a proteção do bem jurídico, tendo o legislador demonstrado a preocupação de enunciar com exatidão todos os casos que compreendem o tipo legal de terrorismo de forma a não dar lugar a dúvidas de interpretação nem analogia proibida.

A Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo) conta já com a sua quarta alteração, tendo, desde 2003, cada uma delas introduzido novos elementos do tipo, transpondo para a ordem jurídica portuguesa as Decisões-Quadro relativas a esta matéria.

¹ Silva Dias, 2008: 10-11.

² Neste sentido, cf. Figueiredo Dias, 2011: 36.

³ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 39.

⁴ Sobre as finalidades e limite das penas criminais, *vide*, entre outros, Figueiredo Dias, 2011: 78 e ss.

⁵ Cf. o artigo 4.º da LCT.

As constantes alterações ao diploma demonstram a importância de o Direito acompanhar as evoluções que o terrorismo tem introduzido nos Estados com o decorrer do tempo, bem como a necessidade dos mesmos em fazer face a novos riscos que vão surgindo.

A intervenção do Estado através do Direito e do processo penal é a mais restritiva de direitos e garantias constitucionais⁶. Como tal, essa atuação necessita de justificação e dignidade penal. O problema surge quando a atuação do Estado, de forma a combater a criminalidade, ignora o respeito pelos direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os novos fenómenos de criminalidade organizada implicam a criação e o surgimento de diferentes medidas de política criminal. A necessidade de solucionar casos de criminalidade organizada através da punição não parece levantar dúvidas. O que poderá levantar dúvidas será atribuir dignidade penal à conduta de um empreendedor. Fará sentido tratar o recrutamento como um ato *per se*?

Seguindo a doutrina de GÜNTHER JAKOBS, fará sentido tratar o recrutador como um inimigo, o que implicará um tratamento diferente aplicável àquele agente?

Podemos considerar que o agente, nos casos de terrorismo, seja tratado como estando fora do sistema, ou será que isso vai contra os ideais do Estado de Direito Democrático?

É assente que o crime de terrorismo carece de dignidade penal pela sua gravidade e pela possibilidade de tomar proporções desmesuradas. No entanto, cabe refletir da necessidade de punir atos preparatórios⁷ que à partida não compreenderiam

⁶ Deste modo, compreende-se que o arguido goze no processo penal de um “*estatuto específico que lhe confere certos direitos*” uma vez que a sua posição no processo-crime possa resultar na aplicação de penas ou medidas de coação. Cf. Sousa Mendes, 2012: 123 e ss.

⁷ Jorge de Almeida Fonseca relembra o princípio geral da não-punibilidade da preparação, que segundo o artigo 21.º do Código Penal, *os actos preparatórios não serão puníveis, salvo disposição em contrário*. O Autor identifica que a ressalva ao princípio pode ter um duplo significado: o primeiro será que, «*excepcionalmente são puníveis actos preparatórios, enquanto tais, quando apontem indubitavelmente para a realização do crime, e tratando-se de situações em que a particular essencialidade ou especial modelação do bem jurídico exigem uma intervenção do direito penal num estágio tão longínquo do da efetiva lesão dos bens jurídicos*», enquanto que, em segundo lugar, «*também excepcionalmente, podem configurar acções de preparação de verdadeiros crimes a se ou autónomos*». O Autor conclui que, em relação ao primeiro grupo de casos, não se levanta qualquer problema, o que não acontecerá, já no segundo grupo de casos, pela imprecisão que acompanha a sua autonomia ou especificidade. Sobre tais dificuldades, *vide*, entre outros, Jorge de Almeida Fonseca, 1986: 80 e ss.

nenhum tipo de crime de forma a concluir da possibilidade ou não de este tipo legal de crime estar a ser tratado como um caso de Direito Penal do inimigo.

Este trabalho destina-se, assim, a tentar compreender se hoje em dia estamos perante um Direito Penal que acolhe todos os cidadãos com igual dignidade, respeitando os seus direitos e garantindo um processo justo e equitativo ou se, por outro lado, continuamos a considerá-los em alguns casos como inimigos do Direito e, como tal, inimigos da sociedade.

II. A DOUTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A tese do Direito Penal do inimigo chega-nos através de GÜNTHER JAKOBS, descrevendo um mundo com dois polos, que demonstram duas tendências opostas num só contexto jurídico-penal. Por um lado, o Direito Penal do cidadão, cuja acusação pela prática de um delito considerado quotidiano provoca *«pouco mais que tédio»*, e por outro lado, o Direito Penal do inimigo, que irá levantar a necessidade de refletir sobre uma defesa frente a riscos futuros⁸.

O Autor começa por explicar que o Direito consiste num vínculo entre pessoas titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com o inimigo não se determina pelo Direito, mas sim pela coação. Atendendo que todo o Direito se encontra vinculado a uma autorização para aplicar coação, sendo a mais intensa coação a do Direito Penal, GÜNTHER JAKOBS argumenta que qualquer pena, e inclusivamente qualquer defesa legítima, se dirige contra um inimigo⁹.

GÜNTHER JAKOBS relembra que, ao defender-se o Estado como um contrato, defender-se-ia por conseguinte que o delinquente, ao infringir o contrato, já não participaria nos benefícios deste, resultando necessariamente que este deixaria de viver com os demais dentro de uma relação jurídica¹⁰, não seguindo, no entanto, essas conceções, por entender que, em princípio, um ordenamento jurídico deverá manter dentro do Direito também o criminoso, por dois motivos: por um lado, o criminoso tem o direito de voltar a envolver-se com a sociedade, e para tanto necessita de manter o seu *status* de pessoa, como cidadão, no seu todo, a sua situação dentro do Direito; por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação, tendo essa obrigação como

⁸ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 23-24. Günther Jakobs não afasta a hipótese de as tendências se sobreporem, isto é, que se sobreponham as destinadas a tratar o agente como pessoa e aquelas dirigidas a tratá-lo como fonte de perigo ou com meio para intimidar outros.

De forma contrária, Cancio Meliá (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 128), respondendo à questão de o Direito Penal do inimigo formar parte conceptualmente do direito penal, responde negativamente, concluindo que o Direito Penal não estabelece normas (prevenção geral positiva) mas sim demoniza, que é o mesmo que dizer exclui, determinados grupos de infratores, o que significa que o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do facto, mas sim do autor.

⁹ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 28.

¹⁰ Neste sentido, Günther Jakobs (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 28-29) cita Rousseau, que afirma que *«qualquer malfeitor que ataque o “direito social” deixa de ser “membro” do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor»*, o que significa que o culpado prefere morrer como inimigo do que como cidadão. Da mesma forma, o Autor cita Fichte que refere que *«quem abandona o contrato cidadão no ponto em que o contrato contava com a sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão ou como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos»*, de forma que a *«execução do crime não é uma pena, somente um instrumento de segurança»*.

pressuposto a existência da personalidade, ou seja, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através do seu ato¹¹.

O Autor expõe que HOBBS e KANT¹² diferenciam entre um Direito Penal do cidadão – para aqueles que não delinquem de modo persistente, por princípio; e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio, excluindo o *status* de pessoa.

GÜNTHER JAKOBS entende que a personalidade do agente de um facto ilícito não pode manter-se de modo puramente contra fáctico sem nenhuma corroboração cognitiva, querendo com isto dizer que, caso se pretenda não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo (como ser que evolua em função de satisfação e insatisfação) sem tomá-lo como pessoa, e se parte da sua orientação com base no lícito e no ilícito, então também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, no fundamental, de maneira cognitiva, e por isso com a maior clareza quanto maior seja o peso que corresponda às normas em questão¹³.

GÜNTHER JAKOBS dá o exemplo de alguns crimes, como os delitos sexuais, crimes económicos, ou de incorporação numa organização (como é o caso do terrorismo¹⁴, criminalidade organizada, inclusivamente a conspiração para delinquir do

¹¹ Günther Jakobs (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 28-31) refere Hobbes, que entendia nesse sentido que o cidadão não poderia eliminar por si mesmo o seu *status*. Não obstante, a situação seria distinta se de uma revolta se tratasse, isto é, uma alta traição: «*pois a natureza desse crime está na rescisão da submissão, o que significa uma caída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados enquanto súbditos, mas sim como inimigos*».

¹² Desta forma, Günther Jakobs examina Kant «*que fez uso desse modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, posicionando o problema no trânsito entre o estado de natureza (fictício) e o estado estatal. Na construção de Kant, todas as pessoas encontram-se autorizadas a obrigar qualquer outra pessoa a entrar na constituição cidadã. Imediatamente se coloca a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Nos seus escritos “sobre a paz eterna” dedica uma larga nota de pé de página ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: “Sem embargo, aquele ser humano ou povo que se acha num mero estado de natureza priva-me da segurança necessária e lesiona-me já por esse estado em que está ao meu lado, se bem que não de maneira ativa (facto), mas pela ausência de legalidade do seu estado (statu iniusto), que ameaça-me constantemente, e posso obrigá-lo a entrar comigo no estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança”. Em consequência, quem não participa na vida de um “estado comunitário-legal” deve ir-se, o que significa que é expedido (ou impelido à custódia da segurança); em todo o caso, não há que tratá-lo como pessoa, mas que se possa tratar, como anota expressamente Kant, “como um inimigo”*» pelo que segundo este «*não se trata como pessoa quem “me ameaça constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar no estado cidadão*» (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 32-33).

¹³ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 38-39.

¹⁴ Cancio Meliá entende que fenómenos como o terrorismo são apontados, por diversas vezes, como manifestações do Direito Penal do inimigo, por se revelarem comportamentos delitivos que afetam certamente elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades em questão. Partindo da perspectiva de Günther Jakobs, entende que toda a infração criminal supõe, como resultado

§30 StGB)¹⁵, nos quais o agente já se distanciou, provavelmente de maneira duradoura, mas seguramente de forma decidida, do Direito, querendo com isto dizer, que não apresenta a garantia cognitiva mínima que é necessária para ser considerado enquanto pessoa. O Autor entende que a reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, caracteriza-se de modo paralelo à diferenciação de KANT entre o estado de cidadania e o estado de natureza, explicando que essa reação se dá, não pela circunstância de que se trata em primeira linha da compensação de um dano à vigência da norma, mas sim pela eliminação de um perigo: a punibilidade adianta-se para assegurar factos futuros, e não para sancionar factos cometidos¹⁶.

Nos casos de terrorismo, o Autor entende que a necessidade de reagir frente ao perigo que emana da conduta do delinquente de forma reiterada contrária à norma passa a um primeiro plano, tratando como terrorista quem nega a legitimidade do ordenamento jurídico e como tal persiste na destruição dessa ordem. Deste modo faz a ressalva: *«quem inclui o inimigo no conceito de delinquente cidadão não deve assustar-se com a mistura dos conceitos “guerra” e “processo penal”»*¹⁷.

O Autor, por considerar a existência de dois polos ou tendências na regulação do Direito Penal, entende que, quando o Direito Penal espera que o agente pratique a conduta lesiva para atuar, trata-o como cidadão, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; por outro lado, quando o Direito Penal intercete desde cedo a

especificamente penal, a rutura com a norma, ou duvidar da vigência da mesma. A pena reage a esse questionamento feito através do delito, reafirmando a validade da norma através da prevenção geral positiva. Cf. Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 130-131.

¹⁵ Para Silva Dias (2009: 12-13) as medidas substantivas próprias de um Direito Penal do inimigo são (a) a proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade; (b) o aumento da incriminação autónoma de actos preparatórios de outros crimes e dos chamados delitos associativos; (c) a agravamento geral das penas desligada de uma ponderação de proporcionalidade entre gravidade do facto e gravidade da pena; e (d) a defesa da pena como pena de segurança. O Autor entende que o Direito penal do inimigo *«opera a par, mas desgarrado, do Direito Penal do cidadão»*, declarando que se afirma-se como um *«Direito de emergência que conserva a sua forma jurídica e, nessa medida, vincula o Estado, os seus órgãos e funcionários na luta contra o terrorismo»*. Porém, *«adapta soluções extremas e excepcionais, através das quais»* pretende combater o perigo e neutralizar, *inocuiçar, o agente perigoso»*.

¹⁶ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 39-41.

¹⁷ *«De novo, noutra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão das suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controlo das paixões; reacção exclusivamente frente a feitos exteriorizados, não frente a meros actos preparatórios, respeitantes à personalidade do delinquente no processo penal, etc.- deveria chamar de outro modo aquilo que há que fazer contra os terroristas caso não se queira sucumbir, quer dizer, deveria chamar direito penal do inimigo, guerra refreada»* (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 42-43). Contrariamente, Cancio Meliá refuta esta posição, entendendo que a pretensa autoexclusão do «inimigo» da sociedade pela sua inserção na «sociedade mafiosa» por oposição à sociedade civil, ou na sua rejeição da legitimidade do Estado no seu conjunto não está ao seu alcance, porque a qualidade de pessoa não é uma atribuição. Cf. Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 132-133.

conduta do agente num estágio prévio, este é tratado como inimigo, legitimando o seu combate pela sua perigosidade¹⁸.

À imagem do que acontece no Direito Penal, também no Processo Penal aparecem formas de «*coação despida*», como são os exemplos dados por GÜNTHER JAKOBS no direito alemão da prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO), extração de sangue (§ 81 a StPO), as interferências nas telecomunicações (§ 100 a StPO), outras investigações secretas (§ 100 c StPO) e a intervenção de investigadores encobertos (§ 110 a StPO). Da mesma forma que no Direito Penal, no Direito Processual Penal o que sucede é que tais medidas não têm lugar fora do Direito, mas os imputados, na medida em que se interfere com a sua esfera, são excluídos do seu direito: o Estado *abole direitos de modo juridicamente ordenado*¹⁹.

Portanto, GÜNTHER JAKOBS entende que os Estados podem proceder de duas formas com os delinquentes: podem vê-los enquanto pessoas que delinquem, que cometeram erros, ou indivíduos que têm de ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico através de coação. O Autor defende que qualquer uma das perspetivas tem o seu lugar legítimo em determinado âmbito, o que significa, ao mesmo tempo, que também podem ser usadas equivocadamente. Na perspetiva do Autor, quem não transmite uma segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tal como o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que o contrário vulneraria o direito à segurança da comunidade²⁰.

Nestes termos, GÜNTHER JAKOBS apresenta a preocupação pelo perigo de danos futuros ao invés da preocupação pelo dano ocorrido durante a vigência da norma

¹⁸ Jakobs (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 43) dá como exemplo do tratamento dado ao cidadão no caso de homicídio, que só passa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo, ao passo que o tratamento dado ao cabecilha ou homem de trás de uma associação terrorista que alcança uma pena apenas levemente mais reduzida que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (§129 a StGB), o que significa eventualmente anos antes de um facto previsto com maior ou menor vaguidade, deixando a pergunta no ar: «*cabe pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina “pena”*»?

¹⁹ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 45. O Autor entende que as regulações de processo penal do inimigo mais extremas se dirigem à eliminação de riscos terroristas, bastando para tal, v. g., a impossibilidade de comunicações entre o preso e o seu defensor como no caso do §§ 31 e seguintes EGGVG. Tratando-se este de um caso extremo regulado pelo Direito positivo, é incomparável com o que tem sido feito após o 11 de setembro de 2001, cujos atos o penalista considera já não se tratarem de processos próprios de uma Administração da justiça, mas sim de procedimentos de guerra, operados através da destruição de fontes de terroristas e matando-os diretamente, assumindo para tal a morte de seres humanos inocentes, apelidando tais atos de danos colaterais, concluindo que se trata de uma perseguição de delitos através da guerra.

²⁰ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 47.

como uma regulação própria do Direito Penal do inimigo. Dando o caso dos terroristas, que para o Autor são adversários por princípio, pode ser adequado tomar como ponto de referência as dimensões do perigo e não o dano que provocou na vigência da norma, aplicando-se no caso de qualquer delito, inclusivamente «*de um simples roubo*»²¹.

Concluindo, o Autor expõe que, enquanto que no Direito Penal do cidadão, a função manifesta da pena é a contradição, por outro lado, no Direito Penal do inimigo a função é a eliminação de um perigo, embora os correspondentes tipos idealmente praticamente nunca resultem numa configuração pura, podendo os dois tipos serem tidos como legítimos. O Autor defende que o Direito Penal do inimigo, a ser claramente delimitado, é menos perigoso partindo da perspectiva do Estado de Direito, do que a opção por misturar todo o Direito Penal, incluindo os que possam ter fragmentos de regulação próprias do Direito Penal do inimigo²².

Efetivamente, para GÜNTHER JAKOBS a proposição «*no Direito, todo o ser humano tem direito a ser tratado como pessoa*» encontra-se incompleta, na medida em que deveria resultar ainda a necessidade de existir um suficiente apoio cognitivo da fidelidade ao ordenamento, pelo que julga mais correto que «*todo aquele que prestar fidelidade ao ordenamento jurídico com certa fiabilidade, tem direito a ser tratado como pessoa*». Por outro lado, quem não tiver tal comportamento, será pois *heteroadministrado*, o que significa que não será tratado como pessoa²³.

Não obstante, GÜNTHER JAKOBS faz a ressalva: considerando-se, ou não, legítimo um Direito Penal do inimigo, o Autor entende, por um lado, que o Estado não põe em jogo negligentemente a sua configuração, uma vez que falar em Direito Penal do inimigo não significa falar de «*Lei de fugas*», «*pena de suspeita*» ou «*esquartejamento público para a intimidação*». Por outro lado, que um Estado que não conheça uma tutela da confiança, que puna a fundação de uma associação terrorista exclusivamente enquanto delito contra a ordem pública, alheios à comunicação, a escutas massivas, aos agentes encobertos e muitos outros instrumentos, aproxima-se

²¹ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 49-50.

²² Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 55.

²³ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 68-69. Não obstante, Günther Jakobs admite que o terrorista se subtraia, à partida, da *heteradministração* mediante cooperação (2003: 81). O Autor admite ainda considerar escandaloso que o Estado de Direito recorra ao terrorista para a defesa frente a riscos que não partem do próprio, dando o exemplo quando se lhe impõe uma pena com fins de prevenção geral negativa, sendo punido com extrema dureza pela sua participação numa associação terrorista, com a única finalidade de intimidar outros participantes, ficando *heteroadministrado*, não pela sua perigosidade, mas pela tendência delitiva de outras pessoas, o que resulta no tratamento como parte do coletivo de inimigos.

ainda mais ao ideal de um Estado de Direito do que de um Estado que permite tais instituições e medidas, podendo levar-se esta constatação apenas em abstrato. Em concreto, por outro lado, o Autor pondera se a renúncia a estas instituições esvazia de conteúdo o direito do cidadão à segurança, e que este direito à segurança apenas seja outra denominação do Direito do Estado de vigência real do Direito²⁴.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, GÜNTHER JAKOBS vem repudiar a ideia de *«conceder uma importância primária à proteção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluindo o delinquente mais empedernido»*, quando surge com a tese do Direito Penal do inimigo, sustentando que o Direito Penal do cidadão *«aplicável a todos os que pertencem a uma “comunidade legal”*», não deve ser aplicada àqueles que negam participar na comunidade, procurando obter a aniquilação dessa comunidade (*os “terroristas”*) ou pela violação sucessiva das normas aplicáveis (*os “delinquentes por tendência perigosos”*). Assim, nas palavras do penalista, *«o Direito Penal do cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do inimigo o daqueles que se unem contra o inimigo; face ao inimigo há apenas coação física, até chegar à guerra»*²⁵.

Amplamente criticado pela doutrina, pela sua tese ser contrária aos princípios de Estado de Direito Democrático, Autores como MUÑOZ CONDE limitam-se a apontar que o Direito Penal do inimigo se trata de uma realidade evidente e não uma invenção de JAKOBS, *«cada vez mais preocupante que ameaça estender-se como um furacão, favorecido pelo vento do medo e da insegurança, por todos os países, incluindo os que tradicionalmente têm sido mais respeitosos do Estado de Direito, varrendo os princípios básicos deste e o reconhecimento dos direitos fundamentais que constituem a base da regulação jurídica da convivência tanto a nível interno, como internacional»*²⁶.

MUÑOZ CONDE entende que a existência do Direito Penal do inimigo não está em causa, cabendo sim antes apurar se este será ou não compatível com o sistema do Estado de Direito Democrático e com os direitos fundamentais, considerando essa conciliação duvidosa, *«sobretudo quando essa ambiguidade se produz ante a violação reiterada por parte de alguns estados, entre eles os mais representativos e poderosos*

²⁴ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 75.

²⁵ Figueiredo Dias, 2011: 35-36.

²⁶ Muñoz Conde, 2005: 19.

da comunidade internacional, de direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito»²⁷.

O Autor entende que a novidade trazida por GÜNTHER JAKOBS é que este tipo de Direito Penal excecional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito Democrático e inclusivamente dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem, nas suas constituições e textos jurídicos fundamentais, princípios básicos do Direito Penal material do Estado de Direito, como a legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, e sobretudo, os de carácter processual penal, como a presunção de inocência, processo justo e outras garantias do imputado no Processo Penal.

MUÑOZ CONDE entende ser *«este carácter de Direito Penal excecional, derogador dos princípios básicos do Direito Penal liberal clássico, mas sobretudo os direitos básicos do Direito Penal do Estado de Direito, contidos também nas declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos, o que desde o primeiro momento provocou o repúdio tanto em alguns dos presentes no Congresso de Berlim de Outubro de 1999, onde GÜNTHER JAKOBS expôs a sua tese, como ALBIN ESER e INGEBORG PUPPE, como dos posteriores comentadores desse congresso como SCHULZ e SCHUNEMANN»*. MUÑOZ CONDE também criticou desde o primeiro momento a tese de GÜNTHER JAKOBS, advertindo que a mesma trazia um perigo para o Direito Penal do Estado de Direito, na medida em que poderia favorecer ou legitimar os excessos com o Direito Penal de sistemas políticos autoritários²⁸.

²⁷ Muñoz Conde, 2005: 19-20. Para o Autor, desde os atentados de 11 de Setembro de 2001 que se observa, não só nos Estados Unidos da América, mas sim em muitos países, uma crescente tendência para o denominado Direito Penal do inimigo de Jakobs. Segundo este, acrescenta Muñoz Conde, *«o legislador não dialoga com os cidadãos, mas ameaça os inimigos, cominando os seus delitos com penas draconianas para além da ideia de proporcionalidade, recortando as garantias processuais e ampliando as possibilidades de sancionar condutas muito afastadas da lesão de um bem jurídico»* (2005: 25).

²⁸ Muñoz Conde, 2005: 26-28. Para o Autor, sempre existiram exemplos desse Direito Penal excecional, pelo menos desde as origens da codificação penal no século XIX, quando no primeiro momento se teve de recorrer a leis penais excecionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros códigos penais. Por exemplo em Espanha, cedo apareceu legislação excecional para reprimir primeiro o banditismo e, mais tarde, os movimentos sociais de carácter anarquista nos finais do século XIX, sobretudo, após a guerra civil (1936-1939), onde uma legislação penal de carácter bélico ou militar se prolongou com maior ou menor intensidade durante todo o regime da ditadura franquista (1939-1975), que culminou em Setembro de 1975 com a execução de cinco membros de um grupo terrorista condenados à morte por um tribunal militar. Muitos outros exemplos são visíveis durante todo o século XX em muitos países europeus e, claro, em outras partes do mundo, *«especialmente durante períodos graves de crise económica, política e social, em situações de guerra ou pós-guerra e, de modo*

Na perspectiva do Autor, o Direito Penal do inimigo de GÜNTHER JAKOBS faz lembrar muito o Direito Penal do autor, que propugnaram os penalistas nazis, segundo o qual relevava não o delito cometido, mas sim a “*perversão*”, “*inclinação ou tendência para o delito*” ou “*perigosidade criminal*” que o seu agente poderia ter²⁹.

Para o Autor, o Direito Penal do inimigo resulta numa deterioração do Estado de Direito, não dando sinais, de qualquer maneira, de demonstrar mais eficácia que o chamado «Direito Penal do cidadão», quer dizer, do Estado de Direito, que certamente também não é a melhor de todas as possíveis. No entanto, o Autor reconhece que o Estado de Direito oferece mais garantias e respeito pela dignidade humana e por todas as possibilidades de reinserção, de renúncia à violência, mudança ou de esperança na mudança que possamos ter no terrorista ou no inimigo, que a que o considere simplesmente como um objeto a vigiar e castigar, como um ser nocivo que deve ser encarcerado o maior período de tempo possível, ou simplesmente eliminado fisicamente como um animal, como alguém que nem sequer merece ser tratado como pessoa.

O Autor congratula GÜNTHER JAKOBS pela realização da existência de Direito Penal do inimigo também nos Estados de Direito, criticando, no entanto, que não basta essa constatação de existência, devendo igualmente ser feita uma análise da sua compatibilidade com os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais consagrados na constituição e nas Declarações Internacionais de direitos humanos. MUÑOZ CONDE continua, explicando que o jurista não pode simplesmente ser o “mensageiro” que se limita a transmitir as más notícias ou embalá-las (ainda para mais, mais que conhecidas), identificando-as e dando-lhes um nome mais ou menos afortunado, sem antes analisá-las criticamente e comprovar a sua compatibilidade com determinados princípios³⁰.

O Autor entende, portanto, que a tarefa do jurista, político e do intelectual do Estado de Direito, e da sociedade no seu conjunto será a delimitação e catalogação dos direitos humanos fundamentais que não possam ser violados em caso algum e em qualquer circunstância, estabelecendo um «*discurso*» que tenha como objeto a determinação e garantia efetiva desses direitos. Ainda assim, MUÑOZ CONDE garante

generalizado, nos regimes totalitários de Hitler, Mussolini, Stalin ou Franco, e em ditaduras do Corno Sul Americano (Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Brasil) durante os anos 70, parte dos 80».

²⁹ Muñoz Conde, 2005: 37.

³⁰ Muñoz Conde, 2005: 84.

que haverá sempre quem lhes negue valor restritivo, considerando que, em determinados casos, possa prescindir-se dos mesmos e recorrer a remédios mais dinâmicos e expeditos. Para o Autor existem vários exemplos nacionais e internacionais de tais limitações, ilustrando com as guerras, tanto civis como internacionais, as ditaduras e as violações mais brutais dos direitos humanos, que aparecem ocasionalmente com teimosia histórica, não obstante os esforços internacionais através de declarações vinculativas para os Estados, em prol do reconhecimento de um catálogo mínimo de direitos para todos os seres humanos, bem como da criação do Tribunal Penal Internacional que sanciona os abusos mais graves contra tais direitos, inclusive os casos de guerra, e os pactos e convenções internacionais onde se reconhecem tais direitos³¹.

MUÑOZ CONDE entende que tais instrumentos formam uma plataforma jurídica, à qual se pode recorrer para denunciar abusos e violações desses direitos através da intervenção do Direito Penal (ou qualquer outro sistema de repressão jurídica ou para jurídica). O Autor conclui que a depreciação ou negação de tais controlos internos e/ou internacionais é o mesmo que legitimar a lei do mais forte, que declare como “inimigo” quem seja considerado contrário a determinados interesses (económicos, ideológicos ou raciais), admitindo que o mais preocupante não é só que tais realidades existam e sejam acolhidas em textos legais, mas *«que sejam legitimadas e fundamentadas em construções teóricas mais ou menos brilhantes»*³².

Na senda dos dois polos do Direito, estudados por GÜNTHER JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ sugere a existência de uma terceira velocidade do Direito Penal. O Autor entende que, a par das duas velocidades que propõe, sendo a primeira representada pelo Direito Penal «da pena de prisão», no qual se mantêm os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e a segunda aplicável aos casos em que já não se trate de penas privativas de liberdade, mas sim penas privativas de direitos ou pecuniárias, onde os princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção, a existência de uma terceira via do Direito Penal, no qual o «Direito Penal da pena de

³¹ Muñoz Conde, 2005: 87.

³² Muñoz Conde, 2005: 87-88.

prisão» concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais³³.

Na opinião do Autor, existe espaço para esta terceira velocidade através de fenómenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenómenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que por sua vez «ameaçam enfraquecer os fundamentos últimos da sociedade constituída pelo Estado», não obstante o Autor reconhecer que esta terceira velocidade deveria ter um âmbito bastante reduzido à mínima expressão³⁴.

Esta terceira velocidade tem, portanto, como características, regras de imputação e processuais menos estritas que as da primeira velocidade, embora inevitável em alguns âmbitos excepcionais e por tempo limitado.

Será, portanto, um Direito de emergência como expressão de uma espécie de «Direito de guerra», através do qual a sociedade, antecipando a gravidade da situação excecional de conflito, renuncia de forma qualificada à liberdade de ação para suportar tais custos.

Sobre a legitimidade do mesmo, a existência de um Direito Penal com tais características seria baseada em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em contexto de emergência³⁵.

Face às doutrinas expostas, cumpre sumariamente verificar se as mesmas são compatíveis com princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, especificamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do excesso. Conforme já se deixou antever, o Direito Penal do inimigo, a ser admitido, dificilmente se compatibilizará com tais princípios.

³³ Silva Sánchez, 2001: 163.

³⁴ Silva Sánchez, 163.

³⁵ Silva Sánchez, 166-167. Mas deixa concluído que «fica de pé a questão conceptual de saber se o Direito Penal do inimigo continuará a ser Direito ou se será um não-Direito, uma pura reação defensiva de facto, aplicável a sujeitos excluídos. Tratando-se de reações cingidas ao estritamente necessário para fazer frente a fenómenos excecionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade”, seguramente caberia admitir que, ainda no caso do Direito Penal de uma terceira velocidade nos achemos perante um “mal”, este possa ser um “mal menor”. Mas é evidente que esta justificação obriga a uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole. Pois bem, na minha opinião isso não está a acontecer, a não ser que os Estados, pelo contrário, vão acolhendo com comodidade a lógica que Moccia criticara com agudeza, da “eterna emergência”. À luz da referida tendência, não creio que seja de todo arriscado prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer».

Relativamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme relembra REIS NOVAIS, «o conceito de dignidade foi assumindo diferentes feições ao longo da história, devendo-se ao cristianismo, nas sociedades ocidentais, a sua difusão e confirmação na qualidade de atributo incindível da pessoa tomada em si, enquanto dádiva concedida por Deus, sem discriminações, a todos os homens criados à sua imagem. Nessa qualidade, a incindível ligação entre pessoa e dignidade confere a ambos os termos um sentido material carregado de conotações axiológicas: a pessoa, com a sua dignidade é, em si mesma, só por existir e ter sido criada à imagem de Deus, entidade com valia intrínseca».

O Autor aponta o pós-guerra, como o momento de viragem, onde o princípio da dignidade da pessoa humana ganha uma nova configuração, não só moral, mas também jurídica, em oposição às violações sistemáticas que se verificaram anteriormente, tendo, a partir desse momento, vindo paulatinamente a ser consagrada nas Leis Fundamentais dos vários países³⁶.

REIS NOVAIS identifica neste princípio uma «clara inspiração kantiana» na medida em que é reconhecida a necessidade de independentizar e reconhecer valor intrínseco «da pessoa como fim em si mesma», não sendo algo «substituível ou sujeito a um preço».

Face ao exposto, considera-se hoje que a «dignidade é violada quando a pessoa é degradada ao nível de uma coisa ou de um objecto do actuar estatal, na medida em que a pessoa deixe de ser considerada como sujeito autónomo e fim em si para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios»³⁷.

Considera REIS NOVAIS que o princípio da dignidade da pessoa humana exige por parte do Estado que as imposições que afectem a liberdade de autodeterminação não

³⁶ Sobre a nova relevância jurídica atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana com o pós-guerra, vide Reis Novais, 2004: 51 e ss.

³⁷ Reis Novais, 2004: 56-57. O Professor defende que «(...) a pessoa humana será inconstitucionalmente degradada ou coisificada quando o Estado a afecte desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objectiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de protecção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes. A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de acção nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de protecção jurídica».

sejam inigualitárias, arbitrárias, excessivas, desproporcionais ou desrazoáveis, exigindo igualmente que não seja afectado ou esvaziado um núcleo mínimo de possibilidades de levar uma vida digna em condições de liberdade e de autoconformação, as quais se encontram implicadas na necessária consideração do indivíduo como sujeito³⁸.

Conforme igualmente nota REIS NOVAIS, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana estará, recorrentemente, ligada à violação de outros princípios estruturantes, como seja, por exemplo, a violação do princípio da proibição do excesso³⁹.

Diz-nos este princípio, por seu turno, que a medida restritiva implicada na esfera jurídica de determinado sujeito terá de passar o crivo de três subprincípios, a saber, subprincípio da idoneidade, da indispensabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

À luz deste princípio não bastará que a medida restritiva, e falamos aqui de eventuais medidas restritivas ao nível do Direito Penal e do Processo Penal à luz desta doutrina do inimigo, sejam idóneas no sentido de aptas para atingir um determinado fim, leia-se, segurança e paz pública, bem assim como sejam indispensáveis para a prossecução desse mesmo fim, atenta a insuficiência de eventuais alternativas.

Mesmo que justificadas à luz destes dois primeiros subprincípios, tais medidas restritivas sempre terão que ultrapassar o crivo do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual exige que o sacrifício imposto, mesmo que apto e indispensável à prossecução do fim pretendido, não resulte desproporcional, excessivo ou desrazoável.

Atentos os ensinamentos recolhidos, a doutrina do Direito Penal do inimigo, a concretizar-se em medidas que espelhem uma lógica de guerra contra o inimigo da sociedade, admitindo que este seja posto à marge desta, muito dificilmente, para não

³⁸ Reis Novais, 2004: 57-58.

³⁹ Cf. Reis Novais, 2004: 63 que acrescenta «[e]m geral, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana é apurada em função ou como resultado de simultânea violação de outros princípios próprios do Estado de Direito. Nos domínios mais comuns de utilização do princípio, como sejam os direitos de personalidade, a esfera de intimidade pessoal, a protecção de dados pessoais, as discriminações arbitrárias ou feitas com base em factores constitucionalmente ilegítimos, ou a restrição dos direitos dos arguidos em processo penal, a violação do direito fundamental em razão de violação do princípio da dignidade da pessoa humana é simultaneamente representável como consistindo em violação de outros princípios constitucionais, designadamente, os princípios da igualdade, da proibição do excesso ou da protecção da confiança».

Sobre o princípio da proibição do excesso enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, vide Reis Novais, 2004: 161 e ss.

dizer seguramente, serão compatibilizáveis com estes dois princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático.

III. O COMBATE AO FENÓMENO DO TERRORISMO

a. Considerações gerais

O terrorismo, juntamente com a criminalidade organizada, representam o grupo de delitos que trazem especiais preocupações para as sociedades modernas, *«não só pela sua gravidade intrínseca, como também porque são igualmente cometidos por pessoas que acabam por não integrar-se no sistema de valores e padrões de conduta vigentes nas mesmas»*. Desta forma, MUÑOZ CONDE entende ser a estes delitos que GÜNTHER JAKOBS se refere principalmente quando fala em «Direito Penal do inimigo», tendo dado lugar a um Direito Penal excecional (apesar de poder qualificar-se como Direito Penal do inimigo). Esta preocupação resulta numa intervenção, segundo o Autor, mais dura, que procura um combate de forma mais eficaz, *«inclusivamente mais além dos parâmetros admissíveis do Estado de Direito»*⁴⁰.

GÜNTHER JAKOBS levanta a questão da possibilidade de se conduzir uma *«guerra contra o terror»* através de instrumentos de Direito Penal de um Estado de Direito, concluindo que a utilização de expressões como *«guerra»* ou *«luta»* implicam a existência de um inimigo contra quem será necessário proceder⁴¹.

Para se compreender o fenómeno do terrorismo, é necessário saber quais são as suas manifestações e de que forma podem ser combatidas. Apesar de não se tratar de um conceito recente, a paulatina desterritorialização do terrorismo tem levado a que os Estados procurem adotar medidas concretas e adequadas ao meio em que estas manifestações se dão, de forma a maximizar os seus resultados e agindo concertadamente em prol de uma *luta* consistente adotada por todos os países.

⁴⁰ Muñoz Conde, 2005: 39.

⁴¹ Cf. Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 59, a propósito da legislação aprovada na Alemanha, desde 1986, onde expressões como *«luta»*, *«guerra»* resultam frequentes. Quanto à questão de saber se a expressão *«luta»* será apenas isso, uma palavra, ou se por outro lado trata-se de um conceito, Günther Jakobs (Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 74) diz entender que se trata deste último caso: *«se trata de una empresa contra enemigos»*.

b. Os «centros de gravidade» do terrorismo. Em especial: a forma inspiradora

PATHE DUARTE explica que o sucesso de organizações terroristas como a al-Qaeda se justificam pela existência de «*três centros de gravidade*» diferentes que, tal como a água, podem assumir três estados. No caso da al-Qaeda, o Autor entende que esta organização desempenha a sua atividade através de *três tipos de “centros de gravidade”* que correspondem a três formas, uma *central*, outra *periférica* e, por fim, uma *inspiradora*.

A forma central tem como manifestação uma «*estrutura dependente de um comando central*», sendo esta a génese da organização. A forma periférica apresenta uma teia de *filiações regionais*, tendencialmente *pré-existent*s à *estruturação da al-Qaeda*. Por último, a forma inspiradora manifesta-se naqueles que, apesar de não apresentarem qualquer relação com as restantes formas, «*bebem da (sua) ideologia qaedista e em nome dela agem sem planeamento ou indicação do comando central ou de outro comando “regional”*»⁴².

Enquanto que a primeira e segunda formas têm um espaço geográfico de atuação e critério de identidade à sua atuação, a referida forma inspiradora caracteriza-se pela «*inspiração ideológica*» que move a atuação dos agentes. Esta manifestação distancia-se do espaço geográfico característico deste tipo de organizações, onde o único elemento aproximador é o «*fervor militante*»⁴³.

O grande veículo para espalhar a ideologia tem sido, cada vez mais, as novas tecnologias. A facilidade que o mundo virtual tem em fazer chegar a todos os cantos do mundo físico a palavra contribui em grande escala para que tal *propaganda ideológica* se dissemine e possibilite a construção de «*relações sem contacto físico*»⁴⁴.

Esta manifestação é cada vez mais encontrada em países ocidentais, onde por definição não seria de esperar ser necessário montar uma «*frente de guerra*».

⁴² Pathé Duarte, 2013: 159.

⁴³ Pathé Duarte, 2013: 160.

⁴⁴ Pathé Duarte, 2013: 160.

Esta «*identidade colectiva mobilizadora*» verifica-se em muitos países ocidentais, ainda que, de forma autóctone⁴⁵, em comunidades socialmente marginalizadas. Estes agentes, embora tenham residência e até nacionalidade num país da Europa ou nos Estados Unidos da América⁴⁶, são inspirados e motivados por uma ideologia, não sendo para tal necessário pertencerem a uma organização estruturada ou hierarquizada. A sua capacidade de enraização nos países ocidentais tem sido cada vez maior pela dificuldade que esses agentes têm em sentirem-se identificados com o país de acolhimento. Ao embarcarem nessa filosofia, é-lhes conferido, como refere PATHÉ DUARTE, «*uma identidade e uma noção de pertença*»⁴⁷.

O Autor aponta como características desta terceira forma de al-Qaeda, para além do já referido «*jiihadismo de natureza autóctone*», ainda o *jiihadismo global*, enquanto elo ideológico que os une; o *uso da internet como forma de comunicação*; o *papel das*

⁴⁵ «São militantes que agem por sua própria iniciativa, angariando os seus próprios fundos, obtendo por si o equipamento necessário e, por vezes, criando as suas próprias células» cf. Pathé Duarte, 2013: 160. Nascidos dentro de uma sociedade ocidental, Maria Fernanda Palma (2016: 24-25 e 28-29) questiona se o terrorismo nascido nesse seio, radicalizando-se e acabando por negar a sociedade onde cresceram ou foram acolhidos não resultará num *desenvolvimento patológico do corpo social*. A Autora levanta a questão do motivo pelo qual e como é possível instaurar-se uma «*negação tão absoluta do Estado e dos direitos fundamentais em algumas pessoas ao ponto de, para além de negarem um certo modelo de Estado, por pretensamente negar os seus direitos, virem a admitir que nenhuma vida vale a pena ser vivida, incluindo a sua própria dentro do Estado*». É perante tal problema que Maria Fernanda Palma entende existir lugar jurídico para o Estado de exceção, *a extensão da sua própria legitimidade, na delimitação entre as causas internas e externas, no balanceamento entre uma modificação dos seus critérios de articulação de direitos e de solução de conflitos e a pura lógica de guerra e de defesa contra o inimigo*. Este, por sua vez, «*vive obviamente um paradoxo de continuar a definir-se como Direito quando deixa de ter destinatários, violando a máxima hegeliana definidora do Direito «sê pessoa e reconhece o outro como pessoa» (Hegel, 1959) uma vez que o inimigo «nem sequer é o outro, o adversário, o outro externo, mas a mera fonte de perigo*», isto é, o «*conjunto dos excluídos, aqueles cujos direitos se desvalorizaram, tanto os terroristas como os seus reféns*». A Professora supõe que não haverá solução na medida em que o curso da história já ditou o fim do Estado de Direito, evidenciando ainda mais tal paradoxo, ditando também o êxito dos terroristas através da negação do Estado de Direito «*pois impossibilitou, não os aparelhos administrativos do Estado nem provavelmente os sistemas económicos, a sociedade de mercado, mas sim a lógica do Estado de Direito. Transformou-o decisivamente de Estado limitado pelo Direito em Estado apenas limitado e controlado pela necessidade, uma necessidade compreendida e definida pela auctoritas de um poder político democrático estatístico que atribui livremente um conteúdo à necessidade – um “Estado da Necessidade”*».

⁴⁶ Maria Fernanda Palma, 2016: 24 admite que «(...) no séc. XXI, o inimigo é o nosso vizinho do lado, que poderá ter brincado com os nossos filhos ou ser nosso colega de trabalho ou até o nosso outro», lembrando que já não se pode pensar na figura do terrorista num cenário de guerra «*que pressupõe uma exterioridade do inimigo*», mas sim que ele já «*vem de dentro das sociedades ocidentais*».

⁴⁷ Pathé Duarte, 2013: 161. Ao assumirmos uma certa fragilidade nestas comunidades socialmente marginalizadas, que mais facilmente aceitam «*uma doutrina que lhes fornece uma realidade empacotada*» pela situação vulnerável em que se encontram, surgem dúvidas no sentido de estarmos perante uma situação de aproveitamento por parte do doutrinador / recrutador dessa ideologia pela especial debilidade dos destinatários.

*redes sociais como forma de radicalização e de gatilho para ação armada; e ainda a atuação em pequenos grupos ou individualmente*⁴⁸.

A união de vários agentes «*em prol de uma causa comum*» leva a um sentimento de pertença e um sentimento de proteção que os retira do contexto de socialmente marginalizados⁴⁹. A ideologia tem servido como ferramenta essencial tanto para o «*recrutamento de todo o tipo de potenciais militantes*» como também tem servido «*como fio condutor ao nível do planeamento operacional*». Este elo ideológico contribui para a disseminação de uma mensagem que une um grupo de pessoas que de outra forma pouco teriam em comum, facilitando a aproximação de ideias e incutindo comportamentos de forma bastante persuasiva.

A disseminação dessa mensagem tornou-se dependente da existência da internet e das redes sociais como forma de comunicação. O uso da rede nas várias modalidades (email, blogues, fóruns, entre outros) permite espalhar a mensagem até um número considerável de agentes, bastando para tal que procurem «*juntar-se à militância e levar a cabo ações armadas internamente*».

O papel da internet tem sido fundamental, não só na disseminação da mensagem e facilitação do recrutamento, como também essencial ao planeamento de operações e treino virtual (na medida em que apresenta conteúdos informativos de como construir armas ou como utilizá-las) e, mais recentemente, instruções sobre ataques com veículos.

Este método de disseminação da mensagem também tem demonstrado a sua eficácia na aceleração do processo de radicalização, como refere PATHÉ DUARTE, através de agentes que, dominando a língua local, «*acedem com facilidade a algumas comunidades islâmicas, podendo, entre os seguidores, transmitir a mensagem da jihad global, motivando assim à ação armada*», possibilitando também aos «*caça-talentos*» identificar agentes que já estejam radicalizados ou tenham interesse em tal.

Efetivamente, o modo de operar dos grupos terroristas tem evoluído com o passar do tempo, adequando-se às novas realidades e procurando usar novos meios para alcançar os seus propósitos. Foi o que se verificou com a chegada da internet, que permitiu não só facilitar a ocorrência de atentados, como também «*operou a*

⁴⁸ Pathé Duarte, 2013: 161 e 162.

⁴⁹ «*Esta mensagem favorece uma realidade empacotada, fundamental para recrutamento de jovens não inseridos socialmente*». Cf. Pathé Duarte, 2013: 162.

desterritorialização das operações mundanas terroristas para o ambiente online constituindo-se como uma ferramenta privilegiada para a angariação de fundos e o recrutamento de novos membros»⁵⁰.

Relativamente às características do agente, o Autor distingue entre os entusiastas, ou *jihobbyists*⁵¹, aqueles que «se interessam e seguem as movimentações da primeira e segunda forma de al-Qaeda, mas sem qualquer tipo de comando central ou a grupos filiados» resultando difícil que estes venham a desempenhar qualquer ação característica do grupo⁵², e os que efetivamente realizam a ação armada, também apelidados *lobos solitários*, inspirados pelos *jihobbyists*, podendo agir sozinhos ou através de pequenas células de indivíduos, dificilmente encontrando conexão com as restantes formas de militância, apenas buscando nelas inspiração e orientação,

⁵⁰ Sobre a utilização da internet e dos média para a disseminação do terrorismo, vide Rui Alexandre Novais, 2012: 89 e ss.

Neste sentido, Francisco Costa Gonçalves (2011: 252-254) questiona-se: «[a]inda relativamente à Internet como veículo de utilização da propaganda por grupos terroristas jihadistas qual é o papel desempenhado pela Al-Qaeda neste processo? Será que ainda funciona como entidade recrutadora? É certo que o papel desempenhado pela Al-Qaeda na internet não possibilita um recrutamento no sentido tradicional do termo, entendida esta como uma interação pessoal entre recrutador e recrutado. Porém, tal já não ocorre nas novas formas de recrutamento – no qual é perceptível que muitos jovens muçulmanos sociológicos querem juntar-se a um grupo terrorista jihadista, embora não saibam como proceder. A partir desta constatação surgem duas novas realidades: o sistema de conscrição e o sistema de auto-recrutamento. Efetivamente, no sistema de conscrição, o conscrito individual ou em grupo vai à procura dos recrutadores, manifestando a sua vontade em participar na Jihad (v.g. combater no Iraque) e oferecendo os seus préstimos. Por outro lado, no sistema de auto-recrutamento, um indivíduo singular ou em grupo, decide abarcar a Jihad por sua própria iniciativa, criando uma célula terrorista. De resto, para sublinhar a importância do auto-recrutamento, urge trazer à liça que, atento o relatório de 2009 da Europol (2010, 19) cerca de 2/3 dos indivíduos detidos no espaço europeu por suspeita de envolvimento no terrorismo jihadista, não estão ligados a organizações terroristas conhecidas. Assim sendo, a Al-Qaeda assume na internet um papel inspirador para a criação de movimentos que defendem as suas ideias e não o mero recrutamento para aquela organização. Realmente, neste processo dinâmico, deve ser salientado que a Al-Qaeda aumentou exponencialmente a qualidade dos seus sítios – e do seu material de propaganda (Sageman, 2007,130). Na verdade, no ano de 2007, aquela organização disseminou bastante material via internet traduzido numa variedade de línguas europeias (Europol, 2008, 28). Todavia, o papel da Al-Qaeda na internet não se resume apenas a um modelo para a criação de grupos, também se alarga ao campo da disseminação da sua ideologia. Efetivamente, se o sítio “www.alneda.com” foi o primeiro criado pela Al-Qaeda e desempenhou um papel importante no que concerne ao levantamento da moral após a queda do Afeganistão (Hoffman, 2006, 215), estão a surgir outros sítios que, embora não tenham sido criados pela Al-Qaeda, reclamam-se seguidores da sua ideologia».

⁵¹ Na expressão de Jarret Brachman, apud Pathé Duarte, 2013: 163.

⁵² «No fundo, são militantes que têm como hobby a jihad e que levam a cabo a sua participação indireta através do seu computador: alojando websites, editando vídeos propagandísticos e publicações online, compilando e disponibilizando sermões e discursos de líderes... É sobretudo através deles que a ideia de al-Qaeda se mantém dinâmica e mobilizadora. Os *jihobbyists* têm um papel fundamental na jihad de “natureza autóctone”, sustentam a plataforma virtual que une os pequenos grupos e os indivíduos que procuram a ação armada – “[*jihobbyists*] servem para aculturar praticantes na mentalidade jihadista, porque estes indivíduos passam a ter relações diretas com outros, aumentando assim a pressão entre os seus pares, geralmente empurrando o compromisso para o movimento jihadista” (Brachman, 2009: 19)». Cf. Pathé Duarte, 2013: 164.

concluindo o Autor que *«funcionam como “guiões” doutrinários e modelos genéricos de comportamento, seja pela disseminação propagandística seja pelo mimetismo operacional»*⁵³.

Com efeito, tem sido esta última esfera descrita a predominante nos dias que correm. O combate ao terrorismo no seu núcleo, isto é, no centro da organização terrorista, tem levado a que as práticas terroristas se espalhem pelo mundo, se manifestem de maneiras diferentes tomando diferentes expressões de acordo com as características do agente, do país onde está inserido, bem como dos meios que tem ao seu alcance.

Pela sua disseminação temos presente que o terrorismo não é um fenómeno local ou regional, mas sim global, podendo – e devendo ser combatido por todos os Estados de forma tendencialmente uniforme e concertada na medida em que se trata de uma ameaça que pode afetar qualquer Estado.

⁵³ Pathé Duarte, 2013: 164.

c. Aproximação ao Conceito Jurídico de Terrorismo

Ao analisar a Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho, CONDE FERNANDES explica que o conceito de terrorismo, para fins de harmonização penal na União Europeia, resulta da combinação de três *componentes cumulativos*:

- a) *Um crime de base, ou ato terrorista stricto sensu, a fixar de entre um elenco de comportamentos criminais graves (homicídio, ofensas corporais, tomada de reféns, extorsão, fabrico de armas, atentados, ameaça de cometer esses atos, etc.);*
- b) *Um elemento funcional-teleológico objetivo ou nexo de risco relevante que, tendo por referência a natureza dos atos visados (organização terrorista) ou cometidos (terrorismo) e o contexto em que pretendam ser cometidos ou em que já o foram, permita concluir pela sua suscetibilidade de afetar gravemente um Estado ou uma população;*
- c) *Um elemento funcional-teleológico subjetivo, segundo o qual esses atos apenas serão considerados infrações terroristas quando visem intimidar gravemente um Estado ou uma população, constranger indevidamente os poderes públicos ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato ou desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional.*⁵⁴

Desta forma, o Autor conclui que grupo terrorista é aquela «*organização estruturada composta por duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e que atua de maneira concertada e refere-se à direção de um grupo terrorista e à participação nas suas atividades como sendo infrações relativas a grupos terroristas*»⁵⁵.

⁵⁴ Conde Fernandes, 2010: 200.

⁵⁵ *Idem*.

Para um apanhado das diferentes classificações de terrorismo, vide Rui Alexandre Novais, 2012: 90 e ss. O Autor refere a classificação de Ganor (2002) que distingue os períodos clássico, moderno e pós-moderno, sendo que o primeiro caracteriza-se pelo facto de o terrorismo se dirigir a alvos específicos, correspondendo a poucos danos e tendo como alcance objetivos políticos concretos. Por outro lado, no terrorismo moderno verificam-se ataques indiscriminados com um nível de destruição significativamente maior. Por último, o terrorismo pós-moderno «*visa alterar a realidade do conflito – por norma assimétrico – através do próprio ato terrorista com recurso a armas químicas, biológicas ou nucleares*

d. Evolução legislativa

No ordenamento jurídico português, o conceito de terrorismo vem referenciado no Código de Processo Penal, apesar de a definição não acrescentar muito: a alínea i) do artigo 1.º do diploma apresenta como *terrorismo*, «as condutas que integram os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo».

Face a esta definição, podemos aferir que, para alcançar um conceito de terrorismo, teremos de consultar os crimes de *organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo* no ordenamento jurídico português.

A primeira legislação portuguesa antiterrorista surge com a Lei n.º24/81, de 20 de Agosto⁵⁶, motivada por casos de terrorismo interno no período pós-revolucionário

contra símbolos do inimigo e com o objectivo de eliminar a causa do conflito infringindo o maior dano possível».

Sobre o surgimento histórico do conceito de terrorismo nas diferentes manifestações do globo, *vide*, entre outros, José Garcia San Pedro, 2009: 105-120.

Na ordem jurídica portuguesa, Rui Pereira (2004: 87 e ss.) faz um apanhado do surgimento do terrorismo que, na versão originária da Constituição, ainda não seria consagrado, para o vir a ser mais tarde, com a Revisão Constitucional de 1989, onde foi introduzido no n.º1 do artigo 210.º, atualmente 207.º, bem como das suas manifestações ao longo da Lei Fundamental.

⁵⁶ A Lei n.º24/81, de 20 de Agosto, introduziu alterações ao Código Penal português de 1886, cujo artigo 263.º passou a ter a seguinte redação:

Quem fundar ou dirigir grupo, organização ou associação que se proponha ou cuja actividade seja dirigida à prática de crimes será condenado na pena de prisão maior de dois a oito anos.

§ 1.º Quem promover, fundar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista será condenado na pena de prisão maior de doze a dezasseis anos.

§ 2.º Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a Autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de quaisquer crimes:

a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Contra a segurança dos transportes, vias ou meios de comunicação, incluindo as comunicações telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão;

c) Contra a segurança da aviação civil;

d) Que impliquem o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas;

e) Que impliquem o emprego de substâncias venenosas, corrosivas, tóxicas ou asfixiantes ou a contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano, por forma a criarem perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física e psíquica de outrem.

§ 3.º Nas mesmas penas incorrerá aquele que aderir ao grupo, organização ou associação, com eles colaborar de modo directo, seguir as suas instruções ou conscientemente facilitar as suas actividades, subsidiando-as, ou fazendo a sua propaganda ou apologia ou dando guarida aos seus membros.

§ 4.º Quando o grupo, organização ou associação, ou as pessoas referidas no corpo do artigo e no parágrafo anterior possuíam qualquer dos meios indicados nas alíneas d) e e) do § 2.º destinados a concretização dos seus propósitos criminosos, a pena será agravada de um quarto.

§ 5.º Os actos preparatórios da constituição de um grupo, organização ou associação terrorista serão punidos com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

«em termos muito aproximados, formal, estrutural e materialmente, àqueles que hoje vigoram», tendo sido incorporada no Código Penal no ano seguinte⁵⁷.

Estes crimes encontravam-se, até 2003, no nosso Código Penal, designadamente nos artigos 300.^o⁵⁸ e 301.^o⁵⁹. Os consecutivos ataques terroristas no novo milénio contribuíram para que o terrorismo merecesse autonomia e aprofundamento, o que se verificou a 22 de Agosto de 2003, com a Lei n.º52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho.

Os ataques de 11 de Setembro de 2001 são apontados por vários Autores como o ponto de viragem⁶⁰ para a necessidade de rever a legislação antiterrorista em grande

⁵⁷ Conde Fernandes, 2010: 193. Com detalhe, vide Rui Pereira, 2004: 77-82.

⁵⁸ Cuja redação previa:

Artigo 300.º (Organizações terroristas)

1 - *Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.*

2 - *Considera-se grupo, organização ou associação terrorista, todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de crimes:*

- a) *Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;*
- b) *Contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;*
- c) *De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;*
- d) *De sabotagem;*
- e) *Que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.*

3 - *Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 10 a 15 anos.*

4 - *Quando um grupo, organização ou associação terrorista, ou as pessoas referidas nos n.os 1 ou 3, possuírem qualquer dos meios indicados na alínea e) do n.º 2, a pena é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.*

5 - *Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.*

6 - *É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 299.º*

⁵⁹ Com a seguinte redação:

Artigo 301.º (Terrorismo)

1 - *Quem praticar qualquer dos crimes previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior, ou qualquer crime com o emprego de meios referidos na alínea e) do mesmo preceito, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.*

2 - *A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.*

⁶⁰ Muñoz Conde (2005: 44) expõe que, a partir dessa data, foram tomadas medidas legislativas que rodeiam, se não for o caso de infringirem, os limites constitucionais do Direito Penal no Estado de Direito, dando como exemplo a *Patriotic Act* de Outubro de 2001 e as ordens militares nos Estados Unidos da América aprovadas depois dos atentados de Setembro.

parte dos Estados, dadas as «insuficiências existentes e a premência de uma resposta internacional coordenada»⁶¹, tendo também a União Europeia optado por medidas de prevenção e repressão do terrorismo e do crime organizado⁶².

Introduzindo um «regime inovador em vários aspetos», na opinião de RUI PEREIRA, nomeadamente com a agravação das penalidades, com o alargando do elenco de crimes relacionados com o terrorismo e passando a prever os crimes de organizações terroristas e terrorismo internacional, consagrando a responsabilidade penal das pessoas coletivas⁶³ e prevendo, a partir da alteração legislativa levada a cabo em 2008, o crime de financiamento do terrorismo, a LCT vem realçar a necessidade premente em fazer face à perigosidade acrescida nos casos de crimes de terrorismo.

Intimamente ligado ao crime de terrorismo, o crime de associação criminosa, permaneceu no Código Penal, prevendo e punindo, nos termos do artigo 299.º do Código Penal, com pena de prisão de um a cinco anos «quem promover ou fundar grupo, organização cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes» (n.º1). A mesma pena é aplicada a «quem fizer parte de tais grupos,

⁶¹ Conde Fernandes, 2010: 193-195.

⁶² Sobre as mesmas, vide Conde Fernandes, 2010: 196. Neste seguimento, a União Europeia e a ONU são responsáveis pela apresentação de uma estratégia global, visando «(...) contribuir para a segurança mundial, promover a democracia, o diálogo e uma boa gestão das questões públicas, a fim de combater os fatores que motivam a radicalização, tendo como objetivos diretos: aumentar a cooperação com países terceiros (nomeadamente do Norte de África, do Médio Oriente e do Sudeste Asiático) e dar assistência a estes países; respeitar os direitos humanos; prevenir novos recrutamentos para o terrorismo; proteger melhor os alvos potenciais; perseguir e investigar os membros das redes existentes; melhorar a capacidade para dar resposta a atentados terroristas e gerir as suas consequências». Tal estratégia a alcançar através de quatro pilares: “Prevenir”, “Proteger”, “Perseguir” e “Responder” (Cf. Conde Fernandes, 2010: 196).

Em matéria de delitos graves e, em particular, em matéria de terrorismo, o Estado não procura unicamente perseguir os criminosos e aplicar a sanção correspondente, mas sim procura atuar com carácter preventivo, com a finalidade de evitar que se produzam as catastróficas consequências que os criminosos perseguem. Lorena Winter (2010: 162) refere que não é por ser o tipo de criminalidade mais frequente, mas sim por englobar três fatores de risco para a proteção dos direitos fundamentais e, em especial, para o direito à privacidade dos cidadãos, sendo tais factores: o stress emocional criado por uma sociedade inteira que se sente ameaçada; a atuação preventiva; e a qualificação da luta como um estado de “guerra”.

⁶³ Rui Pereira, 2004: 81. Conde Fernandes (2010: 201) entende que a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho de 13 de Junho não se limitou a consolidar os textos de convenções internacionais, indo mais longe, «ao visar uma definição integral, tendencialmente esgotante, de terrorismo», não obstante reconheça que «subordina o conceito a certas finalidades e consequências». O Autor dá o exemplo de uma “rede de pesca” que «tem um maior alcance do que as convenções internacionais sectoriais (v.g. relativas ao terrorismo na aviação civil, atentados à bomba, energia nuclear, etc.), porque cobre um conjunto de actos terroristas alargado, tendencialmente completo; mas, por outro, tem uma malha mais larga, deixando passar aqueles casos que não cumpram os diversos critérios normativos específicos, objectivos e subjectivos». Para Conde Fernandes, o maior mérito dessa Decisão Quadro deve-se à «cobertura extensiva do terrorismo, mediante critérios sérios e exigentes, adequados a reduzir o risco de um uso politicamente orientado, logo potencialmente abusivo, do regime sancionatório antiterrorista».

organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos» (n.º2).

O bem jurídico protegido pela incriminação das associações criminosas, para FIGUEIREDO DIAS, é a tutela da paz pública⁶⁴ «no sentido de asseguramento do mínimo de condições socio-existenciais sem o qual se torna problemática a possibilidade socialmente funcional, de um ser-com-outros atuante e sem entraves». O professor entende portanto que se trata de «intervir num estágio prévio, através de uma dispensa antecipada de tutela, quando a segurança pública ainda não foi (necessariamente) perturbada, mas se criou já um perigo de perturbação que só por si viola a paz pública: por isso esta conforma um conceito mais amplo do que aquela e pode ser posta em questão quando a segurança pública ainda não o foi»⁶⁵.

Da mesma forma, o bem jurídico protegido pela incriminação dos crimes terroristas *stricto sensu* é, igualmente, a paz pública interna, uma vez que a sua prática resulta em graves ofensas ao Estado ou à população através da alteração ou subversão do funcionamento das instituições do Estado, forçando a autoridade pública à ação ou omissão, inclusivamente intimidando a população⁶⁶.

Os crimes terroristas *stricto sensu* foram então, conforme referimos, transpostos para a LCT, cuja versão original tinha a seguinte redação:

Artigo 4.º (Terrorismo)

1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a

⁶⁴ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relator Orlando Gonçalves, processo n.º 274/10.9JALRA-B.C1, de 27-11-2013.

⁶⁵ Figueiredo Dias, 1988: 26-27. Daí o Autor entender que a «mera existência de associações destinadas à prática de crimes, ligada à dinâmica própria que lhes é inerente, põe irremissivelmente em causa o sentimento de paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-os por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime. Com o que o tipo-de-ilícito das associações criminosas se assume, nesta medida, como um verdadeiro crime de perigo abstracto, todavia assente num substrato irrenunciável: a altíssima perigosidade desta espécie de associações, derivada do forte poder de ameaça da organização e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros» (Figueiredo Dias, 1988: 29).

⁶⁶ Conde Fernandes, 2010: 220.

pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.

2 - Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão ou falsificação de documento administrativo com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

tendo ocorrido quatro alterações à LCT até ao momento, embora os números originários não tenham sofrido modificações no seu conteúdo.

A tão aguardada transposição da Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI⁶⁷ trouxe até nós o n.º6 do artigo 4.º (anterior n.º4) com a Lei n.º 17/2011, de 03 de Maio, introduzindo na ordem jurídica portuguesa, a par da criminalização do incitamento público à prática de infrações terroristas e o treino para o terrorismo, a criminalização do recrutamento para o terrorismo, através da seguinte redação:

«Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.»

Tendo já visto o seu conteúdo alterado por quatro vezes, parece que a mais recente alteração foi também a mais significativa. Com efeito, a Lei n.º 60/2015, de 24

⁶⁷ Conde Fernandes (2010: 2003) declarava estar omissa a transposição da Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI, na medida em que esta revelara novas infrações relacionadas com as atividades terroristas, designadamente o incitamento público à prática de atos terroristas, que segundo o Autor, integrava a prática do crime previsto no artigo 295.º do Código Penal, pelo que deveria ser incluído na tipologia do n.º2 do artigo 4.º da LCT com pena agravada para dizer respeito às infrações terroristas, enquanto que o recrutamento para o terrorismo já no pretérito Direito fora reconhecida, através do apoiante / angariador, pelo que entendia já ser relacionada com as atividades terroristas do artigo 2.º, n.º2, e por último, o crime de treino para terrorismo, o Autor entendia já poder ser subsumido a um dos crimes de associação dos n.ºs 3 a 5 do artigo 2.º. De qualquer forma, Conde Fernandes concluía que «[e]m qualquer dos casos, a Decisão-Quadro não faz depender as infrações relacionadas da estrutura da organização, admitindo a sua prática por indivíduo isolado, pelo que será adequado a sua tipificação autónoma, assegurando ainda as inerentes regras da autoria e participação aí previstas».

de Junho, para além de passar a criminalizar a apologia pública e as deslocações para a prática do crime de terrorismo⁶⁸, também introduziu alterações quanto à utilização de meios informáticos para a prática dos factos puníveis, acompanhando a importância que tem sido dada aos chamados crimes informáticos⁶⁹⁷⁰.

⁶⁸ Cf. o artigo 1.º da Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho. Efetivamente, no artigo 4.º da LCT, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho, passou a ter a seguinte redação:

«(...)

8 - *Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.*

(...)

10 - *Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.*

11 - *Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.*

12 - *Quem organizar, financiar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos.*

(...))»

⁶⁹ Assim foram introduzidas as seguintes modificações no corpo do artigo 4.º da LCT:

«(...)

4 - *Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.*

5 - *Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.*

(...)

8 - *Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.*

9 - *Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias.*

(...))».

⁷⁰ Sobre os crimes informáticos em Portugal vide, entre outros, João Barbosa de Macedo, “Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal”, in *Direito Penal hoje – Novos desafios e novas respostas*, Manuel da Costa Andrade, Rita Castanheira Neves (Org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

e. Função do Direito Penal e meios de combate ao terrorismo: meios e instrumentos excepcionais

Em oposição às teorias absolutas, que defendem a pena como uma *retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime*⁷¹, segundo as teorias preventivas, é entendido que, apesar de a pena se traduzir num «*mal para quem a sofre*», também servem como um «*instrumento político criminal destinado a actuar no mundo*», o que significa que será utilizada num sentido social-positivo, aproveitando-se desse mal para «*alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, a prevenção ou profilaxia criminal*»⁷².

Divididas entre doutrinas da prevenção geral e doutrinas da prevenção especial, têm como «*denominador comum*» o facto de se destinarem a agir como instrumento político-criminal «*destinado a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução*»⁷³. A sua aplicação pode ser entendida tendo duas perspetivas: a «*intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos puníveis*», correspondendo esta à prevenção geral negativa ou de intimidação; ou, por outro lado, servir para que o Estado mantenha ou reforce «*a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal*», mostrando à comunidade que é o instrumento utilizado para inquebrar a ordem jurídica «*apesar de todas as violações que tenham lugar*», reforçando «*os padrões de comportamento adequado às normas*», que corresponde à prevenção geral positiva ou de integração⁷⁴.

Apesar de FIGUEIREDO DIAS reconhecer a apreciável função do Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídicos às teorias de prevenção geral, compreendendo-se que se exija da pena «*uma atuação preventiva sobre a generalidade dos membros da comunidade*» tanto no momento da ameaça abstrata, no momento da concreta aplicação

⁷¹ Sobre estas, *vide*, entre outros, Figueiredo Dias, 2011: 45.

⁷² Figueiredo Dias, 2011: 49.

⁷³ Figueiredo Dias, 2011: 50.

⁷⁴ Figueiredo Dias, 2011: 50-51.

ou no momento da sua efetiva execução⁷⁵, o penalista conclui que, a serem comandadas apenas por considerações pragmáticas e efficientistas, «*elas fazem da pena um instrumento que viola, de forma inadmissível, a eminente dignidade da pessoa humana à qual se aplica*»⁷⁶.

Com efeito, o Autor reconhece que o argumento «*aponta uma indiscutível fragilidade teórica e prática das doutrinas da prevenção geral, quando consideradas exclusivamente no seu cariz negativo, como formas de intimidação da generalidade dos cidadãos*»⁷⁷, não vingando, no entanto, se a prevenção geral «*se perspectivar na sua vertente positiva, como prevenção de integração, de tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico, ligada à proteção dos bens jurídicos e visando, em último termo, a restauração da paz jurídica*»⁷⁸.

Por último, o Autor expõe as doutrinas de prevenção especial ou individual, que têm como denominador comum «*a ideia de que a pena é um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes*», pelo que FIGUEIREDO DIAS entende que se deverá falar numa *finalidade de prevenção da reincidência*⁷⁹. O Autor entende a prevenção especial deve,

⁷⁵ Figueiredo Dias, 2011: 52, respondendo às alegações de que os índices de criminalidade crescente apontam para uma «*inefectividade de se apontar à pena uma finalidade de prevenção geral*», rejeitando tal premissa, afirmando que «*[l]ogo por ser indiscutível que uma tal finalidade acaba por se cumprir relativamente à maioria (a uma esmagadora maioria, felizmente!) da população; e depois porque o argumento só poderia provar alguma coisa – se provasse – contra a efectividade da pena e nada contra a finalidade que lhe é assinalada*».

⁷⁶ Figueiredo Dias, 2011: 53.

⁷⁷ «*Quer porque não se torna possível determinar empiricamente o quantum de pena necessário para alcançar tal efeito. Quer porque, não logrando a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas; a ponto de o direito penal pode descambar, como tantas vezes descambou, num direito penal do terror absolutamente desproporcional e por isso, este sim, directa e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa*» nas palavras de Figueiredo Dias, 2011: 53.

⁷⁸ Figueiredo Dias, 2011: 53, entende que desta forma, «*[e]m primeiro lugar, este critério permite que à sua luz se encontre uma pena (não uma pena exacta, mas em todo o caso em espaço ou uma moldura punitivos) que, em princípio, se revelará também uma pena justa e adequada à culpa do delinquente. Em segundo lugar, (...) a medida concreta da pena a aplicar a um delinquente, sendo embora fruto de considerações de prevenção geral positiva, teve limites inultrapassáveis ditados pela culpa, que se inscrevem na vertente liberal do Estado de Direito e se erguem justamente em nome da inviolável dignidade da pessoa. Deste ponto de vista, a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado ao problema dos fins das penas; e também um entendimento susceptível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos*».

⁷⁹ Figueiredo Dias, 2011: 54. O Autor expõe diferentes vertentes: «*para uns, a correcção dos delinquentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só poderia dirigir-se à sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes*». Outra tese vai no sentido de a prevenção especial lograr «*alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, assim procurando atingir-se a neutralização da sua perigosidade social*», acabando por concluir que em qualquer um desses casos se estaria perante uma «*prevenção especial negativa ou de neutralização*».

«com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro continuar a viver a sua vida sem cometer crimes», acabando por afirmar que a finalidade «preventivo-especial da pena» coincide com a *prevenção da reincidência*, acabando as doutrinas por se encontrar no propósito de reinserir socialmente ou ressocializar o delinquente⁸⁰.

FIGUEIREDO DIAS atribui tanto à doutrina da prevenção geral como à doutrina da prevenção especial uma sintonia «com a função do Direito Penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos», acrescentando que o Estado apenas terá legitimidade para infligir ao delinquente uma pena que constitua um mal quando tal possa ter uma consequência social-positiva, assente num pensamento socializador, igualmente de defesa social «nos casos excepcionais em que a socialização se revele inalcançável ou desnecessária, mas os interesses de segurança da generalidade prevaleçam notoriamente sobre o mal que com a pena se faz sofrer o delinquente»⁸¹.

Efetivamente, na lei penal portuguesa, o n.º1 do artigo 40.º do Código Penal prevê tanto a prevenção geral (*proteção de bens jurídicos*) com a prevenção especial (*reintegração do agente na sociedade*), positiva ou negativa⁸².

A coexistência da prevenção geral com a prevenção especial têm sido apontadas como a melhor forma de potenciar o *propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros*, uma vez que a ameaça de pena criminal, a sua aplicação concreta e execução efetiva só podem ser justificadas pela «*necessidade estatal de subtrair à disponibilidade de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto*

⁸⁰ Figueiredo Dias, 2011: 55.

⁸¹ Figueiredo Dias (2011: 56) remata ainda que «o Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação de maior necessidade e carência social, a eles oferecendo – não impondo! – os meios necessários à sua (re)inserção social. De todos estes pontos de vista o pensamento da prevenção individual constitui uma componente irrenunciável das finalidades da pena para a qual se não divisa ainda hoje alternativa».

⁸² Figueiredo Dias 2011: 78. O Autor faz ainda o reparo de que, se no caso em que seja desnecessária uma socialização do agente, deve concluir-se que «o pensamento da prevenção especial positiva não pode valer, só por si, como solução integral para o problema dos fins das penas. Nos casos em que aquela desnecessidade realmente se verifique só há lugar – se houver – para uma prevenção especial negativa, de pura defesa social» (2011: 57).

membro da comunidade», pelo que o Autor conclui que os fins das penas só poderão ter natureza preventiva⁸³.

Face ao exposto, FIGUEIREDO DIAS rejeita firmemente a retribuição ou compensação da culpa como constituindo uma finalidade da pena. Assente numa lógica contratualista social, em que se aceita que o indivíduo seja o mais livre possível enquanto membro da sociedade, só fará sentido perseguir a realização dessa finalidade através da prevenção da prática de futuros crimes⁸⁴.

Na sua análise mais recente, FIGUEIREDO DIAS profetiza o «*incremento da mancha criminal*», concluindo pela necessidade de adotar uma nova política criminal⁸⁵.

FIGUEIREDO DIAS junta as lesões terroristas às lesões ecológicas, genéticas ou económico-financeiras como «*riscos globais da sociedade atual e futura*» para dizer que a ciência do Direito Penal não pode esperar para reagir, «*não pode ficar à espera que se verifiquem resultados lesivos das condições de vida da humanidade (...) para só então intervir o arsenal punitivo oficial*». Como tal, o Direito Penal, para ser minimamente eficaz, deve ser chamado em relação a qualquer contribuição que possa ser significativa «*para o potencial de perigo do qual o resultado lesivo irá, num futuro próximo ou longínquo, eventualmente derivar, por mais quotidiano e anódino que esse contributo pareça, em si mesmo considerado*»⁸⁶.

Na visão do Professor, a ciência do Direito Penal tem começado a reagir, procurando por possíveis soluções, apesar das dificuldades não só em «*inventar novos modelos de legitimação que possam substituir-se, total ou parcialmente, ao modelo “iluminista”*», mas principalmente de «*esses novos modelos poderem vir a pôr em causa princípios, também eles básicos, de civilização e humanidade, por cuja efetividade vimos lutando há mais de dois séculos e que merecem sem dúvida persistir e ser aperfeiçoados*», sendo que o catedrático aponta «*os que se relacionem com a defesa*

⁸³ Figueiredo Dias (2011: 78-79) remata, dizendo que «[u]mas e outras devem coexistir e combinar-se da melhor forma e até ao limite possíveis, porque umas e outras se encontram no propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros».

⁸⁴ Figueiredo Dias, 2011: 78.

⁸⁵ Figueiredo Dias, 2013: 268-269.

⁸⁶ Figueiredo Dias, 2013: 259.

consistente dos direitos individuais perante intervenções abusivas da autoridade pública»⁸⁷.

Face a isto, FIGUEIREDO DIAS enumera duas teses, *a da capitulação ou retirada do Direito Penal*, e a tese que defende a ideia de um «*Direito Penal por inteiro funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco*».

A primeira, defendida pela “Escola de Frankfurt”, sustenta que o Direito Penal «*não pode arvorar-se em instrumento de tutela perante os novos grandes riscos da sociedade presente e futura*». De acordo com esta tese, a preocupação é manter o património ideológico liberal, reservando ao Direito Penal o seu «*âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação*». Quer o Autor com isto dizer que a «*proteção perante os mega-riscos da sociedade pós-industrial*» deverá ser feita com base em «*meios não jurídicos de controlo social*» ou até «*outros ramos de direito (não penal)*». FIGUEIREDO DIAS critica esta tese, argumentando que resulta inconsistente esperar que os meios não jurídicos de política social, nomeadamente a «*tutela jurídico-civil*» ou a «*tutela jurídico-administrativa intensificada*»⁸⁸ cumpram os objetivos punitivos necessários, concluindo que depositar a esperança em sanções civis ou administrativas «*intensificadas*» resultaria na subtração da tutela às sanções penais justamente naquelas que o Autor considera as condutas mais gravosas, «*aquelas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão-de nascer*», nas palavras do Professor «*significaria pôr a máxima do Direito Penal como ultima ratio da política social “de pernas para o ar”*»⁸⁹.

A segunda tese, por outro lado, traduz-se em primeiro lugar numa alteração da produção legislativa: ao invés de a reserva de competência da matéria penal pertencer ao Parlamento, seria atribuída também aos Executivos. Em segundo lugar, corresponderia a uma «*antecipação decidida da tutela penal para estados prévios (e ainda muito distantes) da lesão de interesses socialmente relevantes, mesmo correndo o risco de assim se perder a ligação, perceptível aos destinatários das normas, entre a*

⁸⁷ Figueiredo Dias, 2013: 260.

⁸⁸ «(...)trata-se de nada menos – na excelente imagem de Heine – que de converter o lobo em pastor». Figueiredo Dias, 2013: 260-261.

⁸⁹ Figueiredo Dias, 2013: 261.

conduta proibida ou imposta e o bem jurídico que aquelas normas se propõem tutelar». Resultando, por último, em «alterações radicais no sentido do abandono de princípios básicos que presidem ao modelo tradicional, atrás referido, de construção das incriminações e de imputação da responsabilidade»⁹⁰.

Não estranha que o Autor também não professe pela segunda tese, acrescentando que, para além da *questão da legitimidade*⁹¹, sobressai uma *«verdadeira inimizade pelo axioma onto-antropológico do Direito Penal e por uma ordem axiológica (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí deve resultar»*, querendo com isto dizer que a eficiência não poderá servir de base democrática legitimadora, tampouco aceitar-se uma *«revolução do paradigma penal»* que resulte na incerteza da defesa dos direitos humanos, *«do pluralismo ideológico e axiológico»* ou a *«secularização»*. Face ao exposto, o Professor conclui que também tal concepção deve ser recusada com base na expansão da criminalização *«que transforme o Direito Penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual»*⁹².

Por fim, o Autor expõe a sua tese, que contraria as duas teses anteriores, procurando não a eliminação do paradigma do sistema de justiça penal e da sua substituição radical por outro, mas sim a superação daquele paradigma atendendo à *«nova face da realidade criminológica e da sua previsível evolução no futuro próximo»*⁹³. Reconhecendo que o sistema da justiça penal das sociedades democráticas atuais alcançou conquistas irrenunciáveis, não deixa esquecer que as *«convicções fundamentais»* que enformam o pensamento ocidental dos últimos três séculos e fizeram da história o prestígio das ciências ditas exatas, *«terão de deixar de ser arvoradas em dogma a receber pelas ciências do Homem»*. Não existe nada neutro do ponto de vista axiológico-antropológico para estas segundo o Autor, o que significa que está tudo *«subjacente a uma determinada concepção do Homem e a um sistema de valores individuais e coletivos, nestes últimos incluída a Natureza e os seus ecossistemas»*⁹⁴.

Para tal, entende FIGUEIREDO DIAS ser necessário que os valores da *«solidariedade global»* ganhem um novo significado e relevo na refundamentação do

⁹⁰ Figueiredo Dias, 2013: 262.

⁹¹ *«(...) a cujo entendimento democrático moderno importa guardar, no essencial, fidelidade (...)»* (Figueiredo Dias, 2013: 262).

⁹² Figueiredo Dias, 2013: 262.

⁹³ Figueiredo Dias, 2013: 262-263.

⁹⁴ Figueiredo Dias, 2013: 263.

sistema da justiça penal, não impondo uma reversão das «concepções moralistas, (inaceitável em qualquer sociedade democrática, pluralista e laica)» nem que o Direito sirva para tutelar a moral ou uma certa moral «e se queira torná-lo em instrumento promotor ou propulsor de finalidades ideológicas», mas sim de «preconizar a aceitação a nível global de um quadro mínimo de valores individuais e coletivos, assente numa concepção do Homem como ser dotado de uma liberdade que o acompanha como seu característico e ineliminável modo-de-ser e o obriga à participação na humanidade histórica, como ser-com os outros e ser-para os outros». Este quadro axiológico exige um consenso alargado para fazer face aos «grandes riscos globais», explanado em Leis Fundamentais nacionais, regionais e internacionais, e «de constituir o fundamento de um renovado sistema da justiça penal», baseado no que o Autor apelida, com atrevimento, de «um novo contrato social»⁹⁵.

Para o Autor, está na altura de ultrapassar o que tem vindo a ser feito até agora ao nível legislativo e das ciências sociais, virados para os crimes contra interesses individuais ou *individualizáveis*, pondo a atenção no que o Professor chama «*interesses ou bens coletivos merecedores e carentes de tutela penal*» como a preservação dos ecossistemas, da identidade genética, da genuinidade do produto, da paz pública face a atentados, dos grupos humanos, das vítimas de guerra, do património histórico-cultural da humanidade ou, noutro plano, do sistema económico-financeiro, do sistema fiscal, da autonomia intencional dos Estados⁹⁶.

Por outro lado, o Autor sustenta que o abandono do paradigma antropocêntrico passa, também, pelo afastamento do dogma da individualização da responsabilidade penal, aceitando um princípio de responsabilidade penal dos entes coletivos como tais, deixando de imputar as responsabilidades aos outros ramos do direito (administrativo, penal-administrativo ou contraordenacional) mas sim ao Direito Penal, e aceitar a «*responsabilização direta e autónoma do ente coletivo ao invés da responsabilidade individual das pessoas que atuem em nome ou no interesse daquele*», reconhecendo desta forma que «*exigências político-criminais incontornáveis impõem a responsabilização do ente coletivo como tal*»⁹⁷.

⁹⁵ Figueiredo Dias, 2013: 263-264.

⁹⁶ Figueiredo Dias, 2013: 265, que acrescenta: «*exemplos como estes mostram que a tarefa, sendo difícil, não é de cumprimento impossível*».

⁹⁷ Figueiredo Dias, 2013: 265.

A proximidade geográfica, virtual e humana que FIGUEIREDO DIAS expõe⁹⁸ resultou num movimento internacional, onde a comunidade se insurge a «*assumir como última instância de proteção de todos os seus membros (estatuto que já não é exclusivo dos Estado, estendendo-se também às pessoas), mesmo contra aqueles a quem cabia, em princípio, velar por elas*».

O Autor assemelha a proximidade humana à ideia cristã do amor-ao-próximo, sendo importante que essa ideia de solidariedade global «*guie os ordenamentos penais trans-estaduais e internacionais nas suas tarefas de experimentação e invenção, de modo a que se preserve e incremente, naqueles níveis, o acervo de valores e garantias sedimentado nas culturas jurídico-penais dos Estados de Direito democráticos*». O Professor sugere a *experimentação* como a procura de solução para os problemas, o que implica testar a legitimidade, validade e eficácia do uso do *ius puniendi*, não ignorando o caráter de *ultima ratio* da lei criminal, nem a existência de meios alternativos de solução dos conflitos. Quanto à *invenção*, o Autor entende que está na altura de um novo discurso e um novo instrumento, partindo dos princípios e categorias dos ordenamentos nacionais e dos direitos e garantias individuais consagrados internacionalmente, sempre atendendo aos problemas regionais e internacionais que o Direito Penal se propõe a resolver⁹⁹.

Conclui o Autor que o aumento da criminalidade leva correlativamente ao «*endurecimento da “sociedade punitiva”*», não obstante o modelo punitivo ou securitário configurar «*o adeus definitivo à esperança de que à execução da pena possa ser conferido qualquer sentido, se não já socializador, ao menos socialmente positivo, que ajude o delinquente a conduzir a sua vida sem reincidir no crime*», apesar de prever que violações graves de princípios das nações civilizadas sejam de esperar, como por exemplo, violações «*do mais fundamental dos direitos humanos: o da preservação da eminente dignidade que pertence a qualquer pessoa, mesmo ao mais brutal e empedernido dos delinquentes*».

Para fazer face a este modelo punitivo, eis que surge o modelo reabilitativo, que na perspetiva do Professor, é renovado e reforçado de forma decisiva pelo paradigma penal. Este modelo poderá alcançar a tão esperada prevenção da reincidência, pondo de

⁹⁸ Figueiredo Dias, 2013: 266-267.

⁹⁹ Figueiredo Dias, 2013: 268.

parte as *«pretensões de vingança ou de defesa social a qualquer preço»*, baseando-se em *«valores centrados no humanismo e na liberdade»*. Esta tão almejada política criminal não poderá esquecer as *«conquistas irrenunciáveis que alcançou e entre as quais se destacam a estrita limitação da função do Direito Penal à tutela subsidiária de interesses jurídico-penais, individuais e coletivos; a conceção das penas e das medidas de segurança criminais como instrumentos de prevenção, não de retribuição ou castigo do mal do crime; a legalidade de toda a intervenção penal; a determinabilidade do facto proibido e o princípio da culpa como condições sine qua non de toda a imputação criminal»*.

FIGUEIREDO DIAS apoia a sua posição na convicção de que não será necessária uma substituição revolucionária do paradigma penal atual para uma reforma do sistema da justiça penal, impondo apenas que persista fieldade com *«as conquistas irrenunciáveis de democraticidade, de pluralismo ético e político, de secularização, que três séculos de razão crítica nos trouxeram»*. Para tal, a base daquele paradigma deve versar, não só o axioma onto-antropológico, principalmente (em que repousa todo o programa penal) do respeito absoluto pela eminente dignidade de toda e qualquer pessoa, devendo estar presente e nítido *«um quadro axiológico mínimo mas decisivo»*, assente na premissa que todo o Homem e toda a Humanidade são sujeitos comuns e solidários da responsabilidade pela vida no planeta, pelo que o penalista reforça a ideia de ser indispensável repensar na ideia dos novos contratos sociais.

FIGUEIREDO DIAS acredita que esta será a forma de *«afastar visões apocalíticas»* que se fazem ouvir sobre o futuro do sistema penal, mantendo a esperança na *«sua capacidade para responder de forma satisfatória às legítimas e razoáveis expetativas comunitárias de paz e de segurança»*¹⁰⁰.

Pronunciando-se igualmente sobre a necessidade de resposta do Direito Penal e Processual Penal face ao combate ao terrorismo, JORGE BRAVO contrapõe o “*crime organizado e terrorismo*” à “*criminalidade clássica ou tradicional*”, considerando ser necessário um programa político-criminal que se adegue às suas diferentes características. Com efeito, entende o Autor que o fenómeno do terrorismo *«parece fazer admitir a falência das conceções tradicionais – ou, pelo menos, aplicáveis às*

¹⁰⁰ Figueiredo Dias (2013: 271) remata que *«[q]uem queira trabalhar em favor do futuro – e o penalista não pode deixar de fazê-lo, sob pena de traição à sua precípua tarefa – deve persistir numa tal esperança»*.

formas tradicionais de criminalidade – da prevenção, repressão e reinserção criminal, aplicando a necessidade do seu reequacionamento», considerando adicionalmente que, ao nível da prevenção «afigram-se extremamente inadequados os princípios clássicos das políticas socio-educativas tributárias do multiculturalismo e dos próprios métodos de prevenção criminal» dando como exemplo a dificuldade ou inviabilidade de utilizar-se informadores, agentes encobertos ou infiltrados, enquanto que, por outro lado, de forma a alcançar a repressão pretendida, verifica-se uma confrontação entre «as tradicionais categorias dos fins das penas» e a multiplicidade de atos suicidas, cujo desaparecimento físico do agente criminoso resulta na impunidade do mesmo, e da sua subtração de qualquer juízo de censura jurídico-penal. Mesmo nos casos de sucesso nas operações de prevenção ou repressão de terrorismo, que o agente criminoso seja detido e punido, o Autor entende que a sua recusa em optar pela via da reinserção, impede uma «expectativa favorável no tocante ao êxito de qualquer processo de recuperação e de reinserção»¹⁰¹. O Autor conclui, portanto, que estamos perante a «evolução no sentido do triunfo do que se vem convencendo classificar como de Direito Penal do inimigo», acreditando que se trata de uma contradição, em oposição ao Direito Penal do cidadão, que caracteriza como pleonasmo¹⁰².

Apesar de JORGE BRAVO admitir que é possível aceitar modificações «ao nível da estrutura do processo penal em “áreas de incriminação-limite” e no ponto de interseção entre a inteligência e a investigação criminal» aquelas devem assegurar que o Estado de Direito preserve a sua matriz¹⁰³.

Não obstante reconhecer-se a proteção dos direitos fundamentais e garantias de defesa, cumpre assinalar que, no contexto nacional, é a própria Lei Fundamental que prevê a necessidade de a lei restringir os direitos, liberdades e garantias.

Nos termos do n.º2 do artigo 18.º da Constituição, «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

¹⁰¹ Jorge Bravo, 2006: 75.

¹⁰² No mesmo sentido, Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 89 e 124 e ss.

¹⁰³ Jorge Bravo, 2006: 76.

Nas palavras de JORGE REIS NOVAIS, restrição é uma *«ação ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado»*¹⁰⁴.

Partimos aqui da concepção de direitos fundamentais como trunfos¹⁰⁵. Deste modo, poder-se-á afirmar, à imagem de REIS NOVAIS, que, pese embora algumas exceções, os direitos fundamentais são *«imanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação»*, por força da qual os mesmos poderão ter de, no caso concreto, ceder perante outros bens, interesses ou direitos que se afigurem igualmente como merecedores de tutela jurídica¹⁰⁶.

Atenta esta *«imaneente reserva geral de ponderação»*, *«cabará, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental*

¹⁰⁴ Reis Novais, 2003: 157.

¹⁰⁵ Neste sentido, perfilhando da concepção de que os direitos fundamentais são direitos limitáveis, pese embora a sua natureza de trunfo, vide Reis Novais, 2012: 70, onde refere que a *«regra geral é de que todos os direitos fundamentais, considerados como um todo, são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos, dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens dignos de protecção que se lhes oponham, podem ter de ceder»*.

¹⁰⁶ Reis Novais, 2012: 71 e ss. Considera o Autor que *«[o]s direitos constitucionais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, imanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de protecção jurídica»*. Pese embora reconheça que existem reservas *«(...) quanto à natureza de garantia definitiva e absoluta proporcionada por algumas normas constitucionais de protecção de direitos fundamentais ou quanto a dimensões dos direitos absolutamente protegidas contra determinadas razões candidatas a justificar a restrição»*. Acrescenta que *«(...) esta ideia de limitabilidade, de reserva geral imaneente de ponderação, é válida quando se perspectiva o direito fundamental como um todo, isto é, na sua globalidade, considerando o conjunto ou o feixe de todas as posições jusfundamentais referidas a um dado direito fundamental, mas pode não ter espaço de aplicação quando um direito, uma garantia ou uma faculdade particulares são garantidos por normas constitucionais com uma natureza de definitividade especial. De facto, quando o legislador constituinte consagra um direito fundamental com um elevado grau de indeterminação e generalidade – “todos têm direito...” (à liberdade de religião, de expressão, à segurança social, à saúde, ao trabalho) – não pode, em seguida, prever, enumerar e regular exaustivamente todas as incontáveis e hipotéticas situações da vida real em que o bem protegido pelo direito fundamental pode vir a ser desvantajosamente afectado por razões determinadas pela necessidade de proteger outros bens ou interesses igualmente dignos de protecção ou por simples impossibilidades fácticas. Antes reconhece, implicitamente, porque a própria natureza das coisas não lhe deixa sequer outra possibilidade, que, apesar da não previsão expressa, o direito fundamental em causa, considerado como um todo, é limitável; a fórmula geral e lapidar adoptada na consagração constitucional do direito confirma semanticamente esse reconhecimento»*.

ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria»¹⁰⁷.

E aqui reside a grande questão em matéria de restrição a direitos fundamentais, isto é, o controlo judicial sobre a (in)constitucionalidade das mesmas.

Reconhecendo a natureza limitável de *prima face* dos direitos fundamentais quando tomados como um todo, REIS NOVAIS avança num controlo a três níveis: a) delimitação interpretativa do conteúdo protegido do direito em causa; b) existência de uma justificação adequada para restringir o direito fundamental; e c) a conformidade da restrição aos princípios constitucionais estruturantes¹⁰⁸.

Conforme se deixou nota *supra*, parecem-nos evidentes as dificuldades de compatibilização de determinado tipo de medidas restritivas à luz dos referidos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do excesso.

Assim, a admissibilidade de restrições aos direitos, liberdades e garantias está condicionada à realização de um juízo de ponderação entre o que se pretende restringir e os direitos ou interesses que se pretenda garantir, que por sua vez estejam constitucionalmente protegidos, atendendo a critérios de proporcionalidade.

Ora, o núcleo duro dos direitos fundamentais jamais poderá ser afetado ou restringido, jamais qualquer pessoa poderá ver os seus direitos, liberdades ou garantias diminuídas ao ponto de deixar de ser considerado pessoa, de perder a dignidade humana¹⁰⁹.

Tal premissa deve ser aplicada em todas as suas vertentes, com especial rigor quando ao agente possam ser imputadas medidas que afetem a sua esfera jurídica.

De facto, e não obstante as considerações feitas ao nível do Direito Penal substantivo, é no processo penal que a esfera jurídica do agente mais sofre ingerências

¹⁰⁷ Reis Novais, 2012: 72.

¹⁰⁸ Sobre as etapas de controlo judicial da constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais, *vide* Reis Novais, 2012: 84 e ss.

¹⁰⁹ *Vide*, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto foi dito no Cap. II.

por parte do Direito, pelo que uma posição frágil deve ser prevenida¹¹⁰, devendo ser sempre acautelados os seus direitos, liberdades e garantias, cabendo ao Direito verificar esse respeito. Efetivamente, é precisamente no Título II da Constituição – Direitos, liberdades e garantias, que estão consagradas as garantias do processo criminal, assegurando «*todas as garantias de defesa*»¹¹¹.

O conjunto de garantias referidas no artigo 32.º da Constituição é aplicado ao arguido, assegurando-lhe direitos de audiência e defesa em qualquer processo que possa resultar na aplicação de uma sanção.

À luz desta norma constitucional podemos retirar que, à partida, existe apenas um modelo de arguido. A Constituição não prevê duas velocidades de proteção, sendo uma mais garantística que a outra. A Lei Fundamental, ao utilizar expressões como “*todo o arguido*” parece não fazer distinção entre arguidos, de acordo com o crime do qual são acusados ou de acordo com a gravidade do mesmo. De outra forma não poderia ser, na medida em que a Constituição pugna pela igualdade de todos os cidadãos, repudiando discriminação com base em fatores sociais, raciais, religiosos, políticos ou orientações pessoais¹¹².

JORGE BRAVO elenca vários exemplos de medidas processuais penais, questionando caso a caso se esses meios e instrumentos serão compatíveis com os princípios do Estado de Direito «*num equilíbrio que, por muito precário que possa ser, deve ter sempre como limite a prevalência (e sobrevivência) desse mesmo Estado de Direito*» concluindo, no entanto, que deve ser aplicada uma legalidade organizada contra uma criminalidade organizada¹¹³.

¹¹⁰ Neste sentido, Sousa Mendes, 2013: 123 e ss. Da mesma opinião, referindo-se ao direito penal do inimigo na LCT, Conde Fernandes (2010: 204) declara que será «*principalmente no processo penal, pelo eventual cerceamento de garantias de defesa ou amputação de direitos fundamentais materiais, que mais são temidas as ameaças deste novo direito “do inimigo”*».

¹¹¹ Cf. n.º 1 do artigo 32.º da CRP.

¹¹² Cf. artigo 13.º da CRP, que declara que “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”.

¹¹³ Apontando como instrumentos jurídicos destinados ao combate ao crime organizado e económico-financeiro as **ações de prevenção criminal** desempenhadas pelas entidades policiais e de segurança, os **meios especiais de obtenção de prova** através de *controversas recolhas de voz e imagem*, as *ações encobertas*, as *derrogações ou quebras de segredo profissional, bancário ou fiscal* e ainda a *interceção e registo de meios de comunicação eletrónica*, a **proteção de intervenientes processuais** com a produção de legislação destinada a proteger, para além das testemunhas, também intérpretes, peritos e ainda co-arguidos com *medidas específicas e programas especiais de segurança*, as **especificidades processuais** tais como a *incomunicabilidade do arguido detido* (n.º 4 do artigo 143.º do CPP), a *ampliação dos prazos de prisão preventiva* (n.ºs 2 e 3 do artigo 215.º CPP), as *buscas domiciliárias*, a possibilidade de

Reconhecendo a linha ténue entre as prerrogativas de acusação e o estatuto de defesa penal, tentando não excluir a essencialidade do Estado de Direito, assegurando a necessária segurança dos cidadãos, o Autor admite que em tempos de crise e de desafios de diversa natureza existam «*tarefas incessantes e quase sempre imperfeitas*», mas que deverão ser prosseguidas¹¹⁴.

O Autor fala-nos em «*tempos de crise*». Pergunta-se pois o que poderá ser considerado «*tempo de crise*» uma vez que o estado de sítio ou estado de emergência são estados excecionais¹¹⁵, tal como configurados pelo artigo 19.º da Constituição, que prevê:

prorrogação dos prazos da contestação do pedido de indemnização civil (artigo 78.º CPP), do oferecimento da contestação penal e rol de testemunhas (artigo 315.º CPP) e do requerimento de abertura de instrução (artigo 287.º do CPP), o direito premial, manifestado pelo processo sumaríssimo (artigo 392.º e seguintes do CPP), pelo arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do CPP), pela suspensão provisória do processo (artigos 281.º e 282.º do CPP), e ainda pela intervenção do tribunal singular nos casos em que se afigure não ser concretamente aplicada pena de prisão superior a cinco anos (n.º3 do artigo 16.º do CPP), as consequências patrimoniais como os casos gerais e especiais de perda de bens, e ainda a cooperação judiciária e policial internacional idealizada para criar e reforçar os meios de cooperação judiciária e policial de resposta adequada aos desafios e ameaças colocados aos Estados pelo crime organizado (através de estruturas como a INTERPOL, a EUROPOL, EUROJUST, OLAF e o GRECO), não cabendo no tema deste trabalho analisar em pormenor cada instrumento, vide Jorge Bravo (2006: 94-137) e a sua respetiva análise detalhada. Sobre os desafios da política criminal hodierna, o Autor considera que «se tornará porventura necessário a adopção de legislação especial com especiais contornos preventivos, em domínios como os da criminalidade económica e financeira, fiscal, informática, ambiental, terrorismo e toda a criminalidade organizada, não só ao nível processual, mas também substantivo».

¹¹⁴ Jorge Bravo, 2006: 141.

¹¹⁵ Sobre este assunto, resultaria interessante analisar o longo período de emergência acionado pelo Estado francês, após os atentados de Novembro de 2015 em Paris, tendo este durado quase dois anos. A Lei n.º 55-385, de 3 de Abril de 1955, sobre o estado de emergência, prevê, no seu artigo 2.º, a decretação do “*etat d'urgence*” por um período de 12 dias, podendo tal período ser estendido com autorização de lei. Em alternativa ao estado de urgência, finito em Novembro último, entrou em vigor a Lei n.º 2017-1510, de 30 de Outubro, que fortalece a segurança doméstica e a luta contra o terrorismo. Impõe, como principais medidas, a criação de perímetros de proteção (artigo 1.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 226-1 do Código de Segurança Interno francês); o encerramento de locais de culto onde sejam difundidas ideologias, ideias ou teorias que promovam a violência, ódio ou discriminação, provocando a realização ou louvando atos terroristas (artigo 2.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 227-1 do Código de Segurança Interno francês); a obrigação de o agente suspeito de prática de um crime de terrorismo que expresse acompanhar essa ideologia ficar confinado a um perímetro e apresentando-se periodicamente junto das autoridades (artigo 3.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 228-1 e L. 228-2 do Código de Segurança Interno francês), podendo ser sujeito a meios de vigilância eletrónica móveis (artigo 3.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 228-3 do Código de Segurança Interno francês); a proibição de contacto com determinadas pessoas (artigo 3.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 228-5 do Código de Segurança Interno francês) quando houver motivos sérios para acreditar que tais comportamentos constituam uma ameaça para a segurança pública; a autorização de visita de um lugar, e a apreensão dos documentos, objetos ou dados existentes, com o propósito de prevenir a realização de atos de terrorismo e quando haja motivos sérios para acreditar que aquele local é frequentado por pessoa cujo comportamento constitua ameaça grave à segurança pública (artigo 4.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 229-1 do Código de Segurança Interno francês) e a possibilidade de manutenção no local de pessoa sobre quem recaiam motivos sérios para pensar que o seu comportamento constitui uma ameaça enquanto estiverem a ser realizados a visita ou apreensão de documentos (art. L. 229-4); a interceção da correspondência (artigo 15.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L.

Artigo 19.º (Suspensão do exercício de direitos)

- 1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição.*
- 2. O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.*
- 3. O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias suscetíveis de serem suspensos.*
- 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respetivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto à sua extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.*
- 5. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites.*
- 6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, a capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de*

852-2 do Código de Segurança Interno francês); a monitorização de certas comunicações sem fio (artigo 15.º da Lei n.º 2017-1510 e art. L. 855-1 A do Código de Segurança Interno francês); a alteração de medidas de controlo de áreas fronteiriças (artigo 19.º da Lei n.º 2017-1510 e artigo 78-2 do Código de Processo Penal francês). Apesar de se considerar extinto o estado de emergência francês, a opinião pública tem apontado para um estado de emergência permanente com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2017-1510, tendo o Primeiro-ministro francês, Edouard Philippe, inclusivamente afirmado que a intensidade da vigilância com o fim do estado de emergência não irá diminuir, muito pelo contrário.

religião.

7. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares.

8. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência) é previsto para o estado de sítio ou estado de emergência um período não superior a 15 dias, não obstante possibilidade de renovação por um ou mais períodos com a mesma duração, «*no caso de subsistência das suas causas determinantes*», sendo estas «*casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública*»¹¹⁶.

Da mesma forma, a legislação apontada como potencial manifestação do Direito Penal do inimigo não se configura, em nenhum dos casos, como lei temporária a valer durante «*um determinado período de tempo*»¹¹⁷.

Neste sentido, CANCIO MELIÁ relembra a indubitável importância de chamar «*as coisas pelo seu nome*», sendo necessário que tais medidas excecionais sejam identificadas, formalmente como tal. Não obstante, o Autor conclui que, dada a situação político-criminal atual, não há no horizonte do «*Direito Penal do inimigo*», em nenhum dos sectores, riscos que realmente mereçam o estado de exceção¹¹⁸.

Feitas estas observações, parece-nos que falar em tempos de crise quando se fala em terrorismo poderá não ser a via a seguir, uma vez que só utopicamente podemos considerar que este será totalmente erradicado. Parece-nos que querer falar em tempos

¹¹⁶ Cf. n.º1 do artigo 1.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência).

¹¹⁷ Cf. n.º3 do artigo 2.º da CRP.

¹¹⁸ Günther Jakobs e Cancio Meliá, 2006: 150.

de crise é querer falar num estado passageiro, onde são admissíveis medidas rigorosas com o fundamento de se tratar de um período excecional, aproveitando um supostamente curto espaço de tempo para maximizar as pretensões de *lutar* contra determinada criminalidade, que de outra forma não seriam toleráveis. Surgirão sempre novas tendências e novas manifestações, como se têm verificado ao longo do tempo, cabendo ao Direito (não só ao penal) continuar da mesma forma a acompanhar essas evoluções.

Quando comparando a guerra do ocidente contra o terrorismo, RUI PEREIRA explica que a luta do ocidente tem regras, em comparação com «*o terrorismo (que) não tem regras morais, nem regras jurídicas, nem de outra natureza qualquer*»¹¹⁹.

Neste sentido, o Autor afirma ser o princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição, que limita «*as possibilidades de luta contra o terrorismo*» com a «*consagração das garantias de defesa em processo penal (artigo 32.º n.º1), a proibição de discriminações baseadas na origem étnica ou em credos políticos e religiosos (artigo 13.º n.º2) e a restrição das interceções de comunicações a casos especialmente graves, em que haja processo-crime anteriormente instaurado e sempre com intervenção do juiz (artigos 34, n.º4, e 32.º, n.º4), (que) concretizam tal limitação*», uma vez que o terrorismo não poderá ser combatido «*a qualquer preço*», na medida em que as restrições ou privações de liberdades «*devem sempre obedecer ao programa de contenção do artigo 18.º, n.º2 da Constituição*» o que significa que estarão subordinadas aos «*princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade*»¹²⁰.

Perante este cenário, RUI PEREIRA não conclui, porém, que haja uma impossibilidade de lutar eficazmente contra o terrorismo, considerando antes que, essa luta, apesar de possível, não deverá no entanto implicar «*privações ou restrições generalizadas dos direitos individuais*» resultando «*numa vitória do terrorismo*», acreditando não obstante, ainda assim, ser «*possível melhorar o nível de eficácia da luta antiterrorista*»¹²¹.

¹¹⁹ Rui Pereira, 2016: 38.

¹²⁰ Rui Pereira, 2004: 83.

¹²¹ Rui Pereira, (2004: 87) entende ser através «[d]o reforço dos sistemas de informações e a valorização do elemento humano (com recurso, por exemplo, ao agente infiltrado), o aprofundamento da cooperação entre os sistemas de informação e de investigação criminal, o melhoramento da cooperação entre sistemas de informações órgãos de polícia criminal e autoridades judiciais no plano internacional

Essa «*indesmentível desvantagem*»¹²² que os Estados Democráticos têm perante Estados ditatoriais ou totalitários reflete-se na maior facilidade destes últimos em «*restringir ou suprimir ilimitadamente as liberdades individuais para combater o terrorismo*» podendo facilmente fazer-se prevalecer «*do terrorismo de Estado ou do terrorismo dissimulado para alcançar os seus fins*»¹²³.

Também ROBERTO D'AVILA, pronunciando-se sobre esta matéria, levanta duas questões pertinentes sobre a utilização da expressão “*luta contra o terrorismo*”: da «*capacidade do Direito Penal em servir como instrumento hábil para a prevenção e repressão do terrorismo*»; e dos «*limites de legitimidade do Direito Penal no atendimento a tais objetivos*»¹²⁴.

A necessidade de lutar contra o terrorismo é apontada, pelo Autor como legitimação para a adoção «*muitas vezes, a qualquer custo*» de medidas de segurança, convertendo-se numa «*espécie de argumento mágico*». Por este motivo, segundo ROBERTO D'AVILA, foi admitida a instrumentalização dos princípios constitucionais ao máximo na experiência peruana dos anos 90, onde se verificou uma redução do

[que] constituem, seguramente, os meios privilegiados para alcançar uma maior eficácia na luta antiterrorista».

¹²² Tamanha desvantagem, segundo o Autor, poderá ser ultrapassada no plano da cooperação internacional, através de uma «*Ordem Internacional*» que preveja a imposição de sanções aos Estados «*que apoiem o terrorismo*» que sejam «*eficazes e graduáveis de acordo com a própria gravidade das suas atividades*». (Rui Pereira, 2004: 83-84).

¹²³ Rui Pereira, 2004: 83. Relativamente ao Direito Penal do inimigo, Rui Pereira exprime a importância de não se cair na tentação de aceitar a tortura ou de privar os terroristas de garantias de defesa, sendo necessário sublinhar «*que o combate ao terrorismo requer instrumentos muito expeditos, quer no plano adjetivo quer no plano do direito material*», não obstante os «*mínimos intransponíveis*» de direitos que, mesmo durante a vigência de estado de exceção, não poderão ser postos em causa, dando o Autor o exemplo do direito à vida, do direito à integridade física e do direito à identidade pessoal.

¹²⁴ Quanto à primeira questão, o Autor conclui que acaba por condicionar a segunda «*na medida em que uma resposta negativa retiraria a utilidade da segunda interrogação, uma análise mais atenta permite perceber que, em verdade, a segunda questão deve necessariamente anteceder à primeira*». O Autor continua dizendo que «*[n]um Estado Democrático de Direito, é inadmissível que o direito penal tenha os seus limites manipulados de modo a atender sempre positivamente à primeira questão. Não se pode aceitar que o direito penal seja moldado ao bel prazer dos critérios de utilidade e de eficiência, de modo a ser sempre aquilo que, em um dado contexto, convém ao Estado. Pelo contrário. Em um Estado Democrático de Direito, a questão da legitimidade do direito penal – e, portanto, do seu limite enquanto instrumento de controle social – deve anteceder à reflexão acerca da sua eficiência para a obtenção de um determinado objectivo estatal. Apenas quando o uso do direito penal é legítimo é que se deve considerar sua utilidade. E, por certo, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, este juízo de legitimidade só pode ser alcançado mediante a rigorosa consideração dos seus fundamentos e princípios reitores, à luz dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados*». Neste sentido, Roberto D'Avila (2013: 187-188) conclui que «*ao juízo de capacidade do direito penal em prevenir e reprimir o terrorismo deve preceder um juízo acerca dos seus limites de legitimidade, de modo a informar ao Estado até onde pode ir (legitimamente) o direito penal na prevenção e repressão de atos terroristas*».

«direito penal a uma função de repressão e controle social»¹²⁵, eliminando-se direitos fundamentais ou subordinando-os «à finalidade de segurança do Estado» através da redução/eliminação das garantias de defesa dos arguidos¹²⁶, o que culminou numa ação de inconstitucionalidade contra a legislação antiterrorista em 2002 com a reestruturação da democracia no Perú¹²⁷.

Pronunciando-se concretamente sobre os atos preparatórios, ROBERTO D'AVILA explica que os mesmos correspondem ao momento do *iter criminis* quando, à partida, não existirá perigo para os valores tutelados pela norma penal, «que significa dizer que a punibilidade dos atos preparatórios não é – ou, ao menos, não deveria ser – constitucionalmente legítima».¹²⁸ No entanto, como reconhece o Autor, não é essa a orientação da legislação europeia de repressão do terrorismo. O Autor dá como exemplo do n.º4 do artigo 2.º da LCT cujos atos meramente preparatórios de constituir grupo, organização ou associação já configuram a prática de um crime. Desta forma, o artigo 2.º, n.º4 refere «[q]uem praticar atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos».

No que importa à criminalização do recrutamento e o treinamento para o terrorismo, tais crimes deverão ser de destacar dos demais, na opinião do Autor, atento o facto de, quanto a esses, a LCT criminalizar condutas que não constituem sequer atos preparatórios de um «ato terrorista», mas sim da preparação da «constituição de uma organização terrorista», realçando que o tipo penal já consistia sozinho uma *inequívoca antecipação da tutela*, querendo com isto dizer que, «partindo do pressuposto de que a punibilidade da constituição de um grupo criminoso já representa uma *antecipação da tutela penal do terrorismo* (Vorfeldschutz), a punibilidade dos seus atos preparatórios revela não só a *incriminação de atos desprovidos de ofensa a um bem jurídico* (como costuma ocorrer com a generalidade dos atos de mera preparação), mas também uma *dupla e extrema antecipação da tutela penal, uma espécie de 'Vor-vorfeldschutz'*»¹²⁹. Referindo que a partir da teoria do crime como ofensa ao bem jurídico, a própria legitimidade dos crimes de associação ilícita seja controvertida, o Autor reconhece que neste caso «não se trata de qualquer associação ilícita, mas de uma associação para

¹²⁵ LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, p. 432 *apud* Roberto D'Avila, 2013: 189.

¹²⁶ Sobre tais medidas, *vide* LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, p. 432 e ss, *apud* Roberto D'Avila, 2013: 189.

¹²⁷ Roberto D'Avila, 2013: 189.

¹²⁸ Roberto D'Avila, 2013: 198.

¹²⁹ Roberto D'Avila, 2013: 198.

fins “terroristas”», pelo que não será «difícil de reconhecer a especial existência de lesão ou ao menos o perigo de lesão a um bem jurídico autónomo, normalmente identificado na paz e tranquilidade públicas».

A questão que aqui se coloca é se, com o objetivo de aumentar a prevenção e a repressão criminal com o aumento da faixa de condutas proibidas e, consequentemente aumentar também a eficiência das medidas de combate ao terrorismo, será *«suficiente para justificar o afastamento da exigência de ofensividade na formação do ilícito penal, afetando assim, ainda que indiretamente, outros princípios, como a fragmentariedade e a ultima ratio».*

Para o Autor, a suficiência do argumento muitas vezes utilizado para justificar a adoção de medidas extremas, no sentido de o terrorismo representar um mal demasiado grande, devendo-se, por conseguinte, maximizar a eficiência no seu controlo *«para afastar ou mitigar a aplicação de princípios reitores do Direito Penal»*, é *«absolutamente inaceitável»* nos quadros de um Estado Democrático de Direito, justificando que *«o reconhecimento e a manutenção dos princípios e regras penais não podem ser tratados como uma questão de conveniência estatal no combate à criminalidade»*¹³⁰. O Autor responde negativamente à *«possibilidade de se afastar princípios reitores do denominado Direito Penal democrático, a partir de critérios de utilidade e eficiência na prevenção da criminalidade de alta gravidade, in casu, o terrorismo»*¹³¹, uma vez que aqueles, denominados também como garantias penais, servem tanto para orientar a intervenção penal, como também delimitar o seu espaço de legitimidade formal e material, acabando por circunscrever o âmbito da atuação político-criminal do Estado, quando essa atuação tiver como pressuposto uma intervenção de natureza penal¹³².

O Autor defende que os princípios reitores devem necessariamente ter força vinculativa, o que significa *«ter força normativa suficiente para delimitar, de forma definitiva, a validade jurídica das medidas estatais de persecução ao terror»*, não se podendo *«admitir exceções»*, uma vez que, *«não se tratando de situações*

¹³⁰ Roberto D’Avila, 2013: 199.

¹³¹ Roberto D’Avila 2013: 200.

¹³² Idem. O Autor acrescenta ainda que *«[são] resultado de um longo e complexo processo de reconhecimento de direitos e garantias fundamentais»*, pelo que *«constituem ainda hoje no que de melhor dispomos para destacar as desbotadas cores do “democrático” e do “Autoritário” em matéria penal»*.

extraordinárias como o estado de defesa e o estado de sítio, a admissão de “casos excepcionais”, de “âmbitos de exceção” ou mesmo de um “Direito Penal de exceção” ou de “diferentes velocidades” constitui, ao nosso sentir, manifestação de um elevado e inaceitável autoritarismo penal»¹³³.

Não obstante as considerações tecidas, ROBERTO D’AVILA reconhece que a tarefa de enfrentar o terrorismo com respeito pelo Estado Democrático de Direito encontra inúmeras dificuldades, não obstante não poder ser a custo dos valores que reconhecemos enquanto civilização, *«e cuja preservação deve ser, ao fim e ao cabo, o sendo último de toda a intervenção penal de enfrentamento ao terror»*.

Desta forma, conclui, pois, o Autor, que não compensa uma intervenção penal irrestrita que traga riscos inoportáveis para os direitos humanos e as liberdades individuais, apesar do *«ganho prático que essa amplíssima persecução penal eventualmente possa vir a permitir»*, pelo que a via a seguir deverá ser a adoção de medidas estratégicas da mesma forma complexas, sendo possível convergirem em instrumentos e planos de ação diversos¹³⁴.

O Autor realça a importância da delimitação de atos terroristas de forma a não possibilitar a manipulação político-ideológica do conceito e assegurar patamares de segurança jurídica¹³⁵. Implica, portanto, um elemento objetivo e um elemento subjetivo, acabando por ser o elemento responsável pela distinção dos demais crimes comuns, residindo a sua particularidade na especial finalidade do agente e não no ato praticado, mas sim naquilo que pretendia obter a partir dele. O Autor cita *Chomsky* que refere a

¹³³ Roberto D’Avila 2013: 200.

¹³⁴ Roberto D’Avila, 2013: 203. *«E é apenas como parte desse plano estratégico maior que se pode e se deve pensar o papel do direito penal. Mais, ao nosso sentir, um papel modesto quando comparado com o exercido por possíveis alternativas de solução não repressivas»*.

¹³⁵ Roberto D’Avila, 2013: 203-207. Desta feita, o Autor critica o rigor da Decisão-Quadro 2002/475/JAI quanto aos elementos objetivos e subjetivos da noção de terrorismo, recomendando não só *«reconsiderar a excessiva abertura de algumas disposições – v.g., (i) constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato; (ii) destruições maciças nos locais públicos ou em propriedades privadas suscetíveis de provocar prejuízos económicos consideráveis; (iii) a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo -, como a possível adoção de técnicas de tutela capazes de contribuir para um melhor fechamento da descrição típica»*. Desta forma, o Autor sugere *«a utilização da técnica de tutela denominada “delitos de aptidão” (Eignungsdelikte), desenvolvida principalmente pela literatura alemã, [que] parece poder contribuir de forma significativa para uma melhor delimitação da noção de ato terrorista e, por consequência, para a obtenção de maior segurança jurídica. Originalmente desenvolvidos por Schröder sob a denominação de crimes de “perigo abstrato-concreto” (abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte), os crimes de aptidão consistem em uma modalidade de crimes de perigo marcados pela exigência de “aptidão” em produzir o resultado danoso, vale dizer, a “aptidão é elementar do tipo(...)»*.

«função de “obter fins políticos, ideológicos, religiosos ou outros através da intimidação, ameaça ou uso de violência, etc.”»¹³⁶.

ROBERTO D’AVILA, contrapondo os crimes de perigo abstrato¹³⁷ com os delitos de aptidão, conclui que naqueles, seguindo a conceção tradicional, apresenta-se o perigo apenas como elemento de motivação legislativa, enquanto que nestes o perigo apresenta-se na figura típica, através da noção de “idoneidade” que resulta na exigência de reconhecimento através de um juízo *ex ante* da probabilidade de produzir um dano ao bem jurídico tutelado. Como tal, é esse elemento do juízo de idoneidade que poderá significar uma melhor delimitação da dimensão subjetiva do crime de terrorismo.

Neste sentido, o Autor entende que «(...) importa considerar que a sua simples inserção no tipo penal, vincula à denominada dimensão objetiva do tipo, implicaria uma análise obrigatória da conduta praticada, no que diz respeito à sua capacidade de produzir terror. Ou seja, não bastaria, nestes termos, o mero direcionamento da conduta para um específico fim de agir. Seria igualmente necessário considerar a idoneidade da conduta praticada (dimensão objetiva) em “disseminar o terror”, aqui entendido como uma “grave violação à paz social”»¹³⁸.

¹³⁶ Roberto D’Avila, 2013: 204.

¹³⁷ Figueiredo Dias (2011: 309) explica a diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo, que resulta na distinção entre a «forma como o bem jurídico é posto em causa pela actuação do agente». Os crimes de dano, por um lado, resultam que o tipo incriminador tenha como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico, ao passo que nos crimes de perigo, a sua realização não pressupõe a lesão, bastando a mera colocação em perigo do bem jurídico. Esta forma pode distinguir-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, sendo que no primeiro caso «o perigo faz parte do tipo», só sendo preenchido «quando o bem jurídico tenha efectivamente sido posto em perigo»; por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, «o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição», significando que serão tipificados certos comportamentos «em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inelidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não o perigo efectivo para o bem jurídico». No entendimento de Rui Patrício, são «aqueles crimes de perigo em que o perigo resultante da acção do agente não está individualizado em qualquer vítima ou em qualquer bem, não sendo a produção ou verificação do perigo elemento do tipo. Por oposição, crimes de perigo concreto serão aqueles em que o perigo resultante da acção do agente se encontra individualizado numa vítima ou num bem (ou mais), sendo a produção ou verificação do perigo elemento do tipo», explicando que «o perigo é uma categoria normativa, unicamente susceptível de recorte que aquela normatividade permite, e muito ligada, nos critérios da sua delimitação, às regras da experiência comum – elas também eminentemente normativas, cânones interpretativos, representação racional de conhecimento comum», pelo que o Autor conclui que «o carácter do conceito de perigo é acentuatamente nomológico». Cf. Rui Patrício, *Crimes de Perigo (Breves notas, a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Abril de 1999, 2002*, disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/388.pdf>

¹³⁸ Roberto D’Avila, 2013: 208-209. Como exemplo, o Autor dá a hipótese em que «alguém realizasse “ofensas sobre a vida de uma pessoa” (nos termos do artigo 1.º n.º1 alínea “a” – dimensão objetiva) com o objetivo de “intimidar gravemente uma população” (nos termos do artigo 1.º n.º1, primeira hipótese – dimensão subjetiva). Nesse caso, aplicando-se a exigência de idoneidade, além de verificar a

Face a isto existem de facto outros caminhos para enfrentar o terror, porventura mais difíceis, contudo merecedores de atenção pela relevância e pelo nível de afetação dos valores em questão neste delicado âmbito de intervenção penal, não devendo optar-se pelo «*fluido e falacioso critério da facilidade*»¹³⁹.

Atentos os elementos recolhidos, e após cuidada análise do que a este propósito vem sendo escrito na doutrina, julgamos não haver lugar a um Direito Penal do inimigo no Processo Penal português. A Constituição não aceita a diferenciação de arguidos, tampouco aceita que estes não sejam considerados merecedores de direitos e garantias, sendo considerados *inimigos* e não *cidadãos*¹⁴⁰.

Não obstante não se coadunar com a Constituição Portuguesa, atento o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, existem casos que poderão eventualmente reconduzidos a manifestações de Direito Penal do inimigo na legislação penal material portuguesa.

De seguida, propomo-nos a analisar, em específico, o crime de recrutamento, previsto na LCT, designadamente no n.º6 do artigo 4.º, de forma a concluir se, de facto, o Direito Penal português admite, ou não, diferenciações entre o *inimigo* e o *cidadão*.

ocorrência da ofensa à vida e do específico fim de agir, seria também necessário verificar a idoneidade da conduta praticada em produzir terror na respetiva comunidade, na forma de uma grave violação à paz social. Apenas diante da idoneidade em produzir terror é que poderia a conduta angariar dignidade a ponto de ser considerada uma efetiva infração terrorista». O Autor conclui, dizendo que «o critério da idoneidade permitiria, já no âmbito da adequação típica, um juízo de valor acerca da relevância social do fato criminoso, quer por meio da sua potencialidade lesiva, quer por meio da percepção social da sua prática, o que, por sua vez, embora não solucione – e, por obvio, não pretenda solucionar – todos os problemas atinentes à delimitação típica do ato terrorista, contribui para a obtenção de um nível maior de segurança jurídica e, assim, para uma melhor delimitação entre o ato de terror e atos criminosos de natureza comum ou mesmo entre o ato de terror e atos de resistência civil». Bastava, para tal, considerar-se «que em seu artigo 1.º a referida Decisão-Quadro não deixa totalmente descuidada a importância da idoneidade ofensiva do ato terrorista ao fazer menção a fatos “que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam suscetíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional”».

¹³⁹ Roberto D’Avila, 2013: 209.

¹⁴⁰ Concordante, José Miguel Sardinha (1989: 150) regista como função do Estado o dever constitucional de intervir por forma a prevenir, e quiçá admitindo a repressão, de todas as ações criminosas que possam pôr em causa a liberdade e segurança dos cidadãos, de forma a impedir que tais ações violentas atentem contra bens jurídicos essenciais, concluindo que «*somente um espírito doentio e sectário é que poderá ver na C.R.P., apenas os direitos de certa camada de cidadãos, ignorando pura e simplesmente os direitos dos restantes cidadãos, ou seja, a comunidade globalmente considerada*».

IV. O CRIME DE RECRUTAMENTO PREVISTO NO ARTIGO 4.º, N.º 6 DA LEI N.º 52/2003, DE 22 DE AGOSTO: UM CASO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO?

A necessidade de punir pela prática do crime de terrorismo resulta clara pelas consequências e gravidade em que pode resultar, não obstante julgarmos pertinente perguntar-se se todos os factos previstos na LCT, terão fundamento para carecerem de intervenção penal.

Analizando as manifestações de política criminal aplicável aos crimes de terrorismo, RUI PEREIRA entende que *«o novo regime traz apenas de verdadeiramente relevante a criminalização das organizações terroristas e do terrorismo internacionais e a responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas. A agravação das penalidades tem um significado simbólico mas afigura-se de escasso alcance prático, mitigado ainda pela duvidosa eficácia preventiva das penas públicas no domínio do terrorismo (orientado frequentemente por convicções ideológicas, políticas e religiosas profundas)»*¹⁴¹.

Por outro lado, no Processo Penal, onde se viu que artigo 1.º do correspondente Código remete para a LCT, o Autor entende a definição *«instrumental da consagração de regimes especialmente severos»* através das já referidas *«especificidades processuais»*¹⁴².

Autores há que defendem uma punição mais severa e efetiva do terrorismo. Neste sentido, CONDE FERNANDES entende que resulta da referida Decisão-Quadro que, *«[p]ara punir os atos terroristas, os Estados-Membros devem prever na sua legislação nacional sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasivas, que possam levar à extradição.[Os Estados] devem ainda garantir que serão aplicadas sanções contra as pessoas coletivas quando se verificar que a pessoa singular tem autoridade para tomar decisões em nome da pessoa coletiva ou autoridade para exercer um controlo dentro da pessoa coletiva que cometeu uma infração terrorista»* prosseguindo, dizendo que *«[o]s Estados-Membros devem adotar todas as medidas necessárias para estabelecer a sua competência em relação aos atos terroristas e nos casos em que se*

¹⁴¹ Rui Pereira, 2004: 99.

¹⁴² Cf. nota 113.

recusem a entregar ou extraditar para outro Estado-Membro ou para um país terceiro uma pessoa suspeita ou condenada por tal infração», pelo que «[d]evem ainda garantir que determinados atos intencionais (sejam) puníveis como infrações relacionadas com atividades terroristas, mesmo que não seja cometida qualquer infração terrorista»¹⁴³.

Por outro lado, a antecipação da intervenção penal no caso dos crimes de terrorismo tem levantado dúvidas na doutrina sobre a sua coexistência «*com regras mínimas de respeito pela vida humana, pela subjetividade alheia e pela diferença cultural*». Neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA questiona a tendência crescente em tratar os terroristas como objetos da intervenção Estatal, cuja antecipação penal e excecionalidade deixa de ser discutida por diversas vezes, acompanhada da facilidade em converter o Estado de Direito Democrático em estado *permanente de urgência e de exceção*¹⁴⁴.

Na LCT, pode considerar-se haver uma antecipação da intervenção penal¹⁴⁵ com a criminalização de comportamentos como a promoção ou fundação, o treino ou instrução ou, para o que agora nos interessa, o recrutamento.

Como refere MARIA DO CÉU PINTO, o recrutamento tem sido em grande escala nas comunidades onde uma forte presença de emigrantes se verifica, em especial nos países da União Europeia, onde «*essas comunidades são fontes de recrutamento de elementos locais, essencialmente amadores, que desempenham atividades de apoio ao terrorismo*»¹⁴⁶.

A luta que o ocidente tem vindo a travar contra o terrorismo resultou também na flexibilização do *modus operandi* das organizações terroristas, que se adaptaram às

¹⁴³ Conde Fernandes, 2010: 200. Não obstante o Autor reconhecer a proximidade entre a referida Decisão-Quadro e o direito penal do inimigo através da terminologia utilizada «*lei de combate*» ou «*luta contra o terrorismo*», diz não existir na lei nem na Decisão-Quadro, qualquer «*resquício de restrição oportunista de direitos, uma antecipação ou extensão das incriminações verdadeiramente injustificadas ou sanções efetivamente insuportáveis, desproporcionais ou materialmente descabidas*». O Autor admite compreender que, para uma realidade especialmente violenta e organizada, que atenta direta e indiretamente contra bens jurídicos, e por sua vez colocando em risco um número indeterminado de pessoas, se admita um regime punitivo especialmente gravoso, sendo que deverá adaptar-se ao caso concreto através da pena variável (2010: 203-204).

¹⁴⁴ Maria Fernanda Palma, 2016: 24.

¹⁴⁵ A luta, nas palavras de Conde Fernandes (2010: 203), «*confirma[-se] materialmente na antecipação da punibilidade para atos meramente preparatórios, na punição autónoma da organização até com penas que poderão ser mais elevadas do que as aplicáveis aos crimes que aquela visa cometer, um agravamento da punição em outros crimes devido à mera adesão à organização*».

¹⁴⁶ Maria Do Céu Pinto, 2009: 90.

«circunstâncias mais difíceis de atuação», requerendo hoje «meios modestos para a organização de atos terroristas»¹⁴⁷.

A penalização do recrutamento pelo facto de aliciar alguém a aderir a determinado grupo criminoso, estará a querer punir em avanço o recrutador pelos atos que o recrutado venha a realizar? Queremos com isto dizer que o simples ato de convencer alguém a aderir a um grupo parece resultar que o recrutador se tornará responsável pelos atos que o recrutado venha a praticar.

O Direito Penal Português pretende punir o recrutamento de outrem para a prática de factos previstos na LCT, sem explicar, contudo, se de facto devem verificar-se consumados os atos do n.º1 do artigo 2.º da LCT, ou se, ao invés, o mero recrutamento já consubstancia a prática do crime.

De facto, do disposto na norma retira-se que «quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de 2 a 5 anos»¹⁴⁸, sem contudo especificar se é essencial à punição a consumação dos factos previstos pelo recrutado.

Por outro lado, podemos desde logo afastar a punição do recrutador pela prática de factos, pelo recrutado, que não resultem do âmbito do n.º1 do referido artigo 2.º, pela expressão da lei apenas remeter para esse elenco. O mesmo se pode dizer da intenção necessária, para que a prática constitua crime, a qual deverá corresponder a uma das intenções explanadas no corpo da norma, isto é, visando «prejudicar a integridade e independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral»¹⁴⁹.

Com efeito, não obstante o elenco ser extenso¹⁵⁰, se o agente pretender recrutar outrem para a prática de factos que não estão previstos no artigo 2.º, n.º1 da LCT,

¹⁴⁷ Maria Do Céu Pinto, 2009: 92.

¹⁴⁸ Cf. n.º6 do artigo 4.º da LCT.

¹⁴⁹ Cf. n.º1 do artigo 2.º da LCT.

¹⁵⁰ Declarando, designadamente:

«a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção,

embora com uma das finalidades elencadas pelo mesmo número, já não será perseguido penalmente.

Posto isto, podemos resumir que o preceito em análise pune, com pena de prisão de 2 a 5 anos, o agente que (i) recrute outrem (ii) para a prática de um facto previamente estabelecido (iii) com a intenção explanada no n.º1 do artigo 2.º.

Entende-se, portanto, que o recrutamento, a ser punido, deverá necessariamente ser realizado de forma a que o recrutado pratique um dos factos previstos com a intenção *supra* mencionada. Fora desse âmbito, estarão, igualmente, os casos em que o recrutado pratique tais factos, embora com intenção diversa da referida.

No entanto, conforme referido *supra*, a norma não esclarece se a punição da conduta do recrutado está dependente da verificação de um dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º ou se se consubstancia o crime referido no n.º6 do artigo 4.º assim que o recrutamento se encontra concluído.

Pondo noutros termos, se o agente A recrutar o agente B para que este atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade de determinadas pessoas, com a intenção de forçar a autoridade pública a praticar um ato, o agente A só será punido quando esse facto se verificar? Ou, por outro lado, a partir do momento em que A recrutou B para praticar tais atos com tais intenções, já se encontra consumada a prática de um crime e urge aplicar a lei penal?

Na nossa interpretação, parece que a intenção do legislador que se encontra explanada na norma em análise, é a de incriminar a angariação de outrem para praticar crimes, ainda que estes não se verifiquem.

Efetivamente, a letra da lei apenas prevê o recrutamento, ao contrário, por exemplo do n.º7 do mesmo artigo 4.º, que pune o treino ou a instrução de outrem, uma vez que neste caso envolve uma participação significativamente maior por parte do

contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;

d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;

e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;

f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar».

agente, que se empenha em *«treinar ou instruir outrem sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida»* será *«punido com pena de prisão de 2 a 5 anos»*.

Quer-se com isto dizer que, ao contrário do n.º6, o n.º7 do artigo 4.º prevê uma transmissão de conhecimentos de um agente para outro, ainda que através de quaisquer meios, prevendo-se a criação de uma relação entre os agentes de forma a alcançar os objetivos desejados, em que o primeiro transmite ao segundo a forma de os prosseguir. Pelo contrário, o n.º6 incrimina o recrutador que escolher outrem para praticar esses mesmos objetivos¹⁵¹.

Também o n.º 13 do artigo 4.º, que prevê a atenuação da pena ou exclusão da punição no caso de *«o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fazer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir o resultado que a lei quer evitar que se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis»*¹⁵², parece levantar problemas, na medida em que, no nosso caso, uma vez concluído o recrutamento, já não haverá, à partida, possibilidade de abandono da atividade, havendo, quando muito, a possibilidade de fazer diminuir o perigo, impedir o resultado ou auxiliar na recolha de provas para que seja possível essa atenuação, o que significa que as formas de colaborar do agente se encontram consideravelmente reduzidas¹⁵³.

¹⁵¹ Como sugere Roberto D'Ávila, não se tratam de atos preparatórios de um ato terrorista, mas sim atos preparatórios da *«constituição de uma organização terrorista»*, como se viu *supra* (cf. página 34).

¹⁵² A figura do “arrependimento”. Cf. Rui Pereira, 2004: 95.

Sobre a valoração do arrependimento, vide Inês Ferreira Leite, 2010: 381-410.

¹⁵³ Paralelamente, no (então) artigo 287.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Código Penal, Figueiredo Dias (1988: 69) entende que o crime consuma-se com a realização das ações descritas no corpo da norma, só se tornando necessária a verificação de um resultado no caso do (então) n.º1: *«em compensação, a prática efetiva de crimes pela associação não é nunca necessária à consumação»*. Mas o Autor faz a ressalva: *«Há que ter em conta neste ponto, porém, o disposto no n.º4 do artigo 287.º, que parece surgir como lex specialis perante o regime constante dos referidos artigos 24.º e 25.º; e aqui reside uma fonte inúmeras dificuldades. Vários códigos ou leis penais avulsas estrangeiros prevêem para os crimes de organização – maxime, em matéria de terrorismo e de criminalidade política – um regime de desistência mais amplo, favorável e liberal do que o que consta da respectiva parte geral; ao qual ligam de resto, por vezes, efeitos ao nível processual – e. g. em tema de prisão preventiva ou mesmo de renúncia à acusação. Regime cabido a todos aqueles que voluntariamente se esforçam por obstar à continuidade da organização ou ao cometimento de crimes correspondentes ao escopo daquela, ou voluntariamente comunicam informações às autoridades susceptíveis de impedir o cometimento de crimes planeados. Trata-se pois aqui de uma extensão, fundada do ponto de vista político-criminal, do pensamento geral que preside ao regime cabido, em geral, à desistência da tentativa e ao arrependimento ativo;*

Isto verifica-se quer se considere que o recrutamento estará sujeito à conduta de outrem, quer se considere, como nós, que o crime estará consumado com essa atuação. Estando a punição do agente sujeita à conduta de outrem, aquele já não conseguirá abandonar a sua atividade, uma vez que já estará concluída, podendo apenas *arrepender-se* e procurar evitar que produza resultados significativos ou auxiliar na recolha de prova.

Caso se considere que o recrutamento consubstancia, por si mesmo, a prática do crime de terrorismo, o mesmo se poderá dizer, uma vez que o resultado se encontra desde logo consumado.

Tanto uma interpretação como a outra podem levantar problemas de legitimidade da aplicação da lei penal. Na hipótese de a punição estar dependente de condutas de terceiros, imputa-se à esfera do agente uma conduta que este não cometeu, esperando que o recrutado atue para que aquele seja responsabilizado.

Quer isto dizer que, independentemente da conduta que o agente tivesse no momento da prática do facto pelo recrutado, seria responsabilizado caso se verificasse um dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, não obstante cada um dos agentes ser punido de acordo com o seu grau de culpa (artigo 29.º do Código Penal), sendo inadmissível de outra forma, atendendo que a existência de culpa é a justificação de aplicação de penas em primeiro lugar¹⁵⁴.

Não parece ser esse o caso que resulta da norma penal. Efetivamente, o artigo 4.º n.º6 da LCT parece pretender punir imediatamente quando o recrutamento se efetivar. Não expressa na sua redação a condição de o recrutado praticar o crime para que o recrutador seja punido nos termos do n.º6 do artigo 4.º. Daí a nossa opção por perfilhar a hipótese de que o n.º6 do artigo 4.º pretende punir imediatamente o ato de recrutar agentes para a prática dos factos previstos com as intenções prenunciadas, sem que com isso se espere uma reação do recrutado como consequência desse recrutamento.

Com efeito, tal é a orientação referida pela Decisão-Quadro 2002/475/JAI, com as alterações introduzidas pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, que no n.º3

pensamento que já não cabe – diga-se de passagem – àqueles cujo arrependimento se traduza apenas na disponibilidade para oferecer aos órgãos de perseguição penal elementos de prova aproveitáveis pela acusação ou que sirvam a condenação dos participantes, nomeadamente na disponibilidade para testemunhar contra estes (aproximando-se assim da instituição anglo-americana da crown-witness)».

¹⁵⁴ Neste sentido *vide*, entre outros, Maria Fernanda Palma, 2003: 236-258.

do artigo 3.º declara serem puníveis os atos referidos no n.º2, ainda que não tenha efetivamente sido cometida uma infração terrorista¹⁵⁵.

Chegados a este ponto, cabe perguntar quais serão as condutas do agente que consubstanciam a prática de um crime previsto e punido pelo n.º6 do artigo 4.º i.e., o crime de recrutar.

Como tem sido dito, a internet tem sido amplamente utilizada para a divulgação de organizações terroristas, para espalhar a sua mensagem e até para atrair potenciais recrutados. A *Deep Web*¹⁵⁶ confere anonimato ao agente¹⁵⁷, propiciando a prática de crimes, e a sua possibilidade de incidir em qualquer canto do globo com acesso à internet permite uma maximização dos abrangidos¹⁵⁸.

O agente que pretenda recrutar pode, desta forma, utilizar de vários meios para o efeito¹⁵⁹. Pode optar pela via mais *tradicional*, junto dos potenciais recrutados, através

¹⁵⁵ Sendo que os atos referidos no n.º 2 são:

- a) Incitamento público à prática de infrações terroristas;
- b) Recrutamento para o terrorismo;
- c) Treino para o terrorismo;
- d) Roubo agravado, cometido com o objetivo de praticar qualquer das infrações enumeradas no n.º1 do artigo 1.º;
- e) Extorsão com o objetivo de praticar qualquer das infrações enumeradas no n.º 1 do artigo 1.º;
- f) Emissão de documentos administrativos falsos com o objetivo de praticar qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º1 do artigo 1.º e na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º.

¹⁵⁶ Sobre o conceito, vide Armando Ramos, 2015: 121.

¹⁵⁷ Armando Ramos, 2015: 120.

¹⁵⁸ Os crimes informáticos têm ganho significativa importância ao ponto de as alterações introduzidas à LCT pela Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho terem incluído especificidades no tipo de crime. São exemplo disso, o n.º4 do artigo 4.º, que agrava o crime praticado no n.º3, quando este seja «*praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet*», prevendo uma moldura penal de 1 a 6 anos de prisão, tal como o n.º5 do mesmo artigo, que pune com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias o agente que, «*com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios*».

¹⁵⁹ Paralelamente, sobre o crime de associação criminosa, Figueiredo Dias (1988: 59-60), escreve que, «[j]á quanto às modalidades da acção, não são elas tipicamente cunhadas: a angariação de novos membros poderá ser levada a cabo de modo público ou, pelo contrário, secreto, através de meios orais, escritos ou outros. O que sempre se exigirá é uma concreta acção de recrutamento, não sendo bastante para integrar o tipo o desenvolvimento de uma «propaganda de simpatia» - através, por exemplo, de palavras ou desenhos destituídos de conteúdo argumentativo (v. g., «viva x»). E isto ainda quando em tais acções se contenha uma aprovação, ao menos implícita, do cometimento de crimes e se acabe por criar um clima propício aos mesmos. Para tais acções poderá estar eventualmente reservada uma punição pelos artigos 285.º ou 286.º (instigação e apologia públicas de um crime); mas elas não servem para integrar o tipo objectivo das associações criminosas: a acção do angariador haverá sempre de ser dirigida a, por meios adequados e por forma concreta, captar novos membros- quer, em definitivo, a acção tenha ou não tenha êxito». Segundo o Autor, esta definição estará conforme aquilo que a doutrina alemã chama «crime de empreendimento impuro ou impróprio»: cf. H. Schroder «Die

dos locais de culto ou meios sociais onde estejam inseridos, através de contactos pessoais ou conhecimentos próprios. Ou pode fazê-lo pela via moderna, valendo-se da internet para alcançar os seus objetivos. Como vimos pela explicação de PATHÉ DUARTE, o jihadismo de natureza autóctone tem-se servido de comunidades marginalizadas que, apesar de viverem numa realidade diferente, têm um sentimento de pertença quando encontram esta forma de radicalismo, quando se sentem integrados num grupo ou comunidade¹⁶⁰. Esta *integração* tem sido auxiliada pela internet, veículo utilizado para mais facilmente espalhar a ideologia¹⁶¹.

Cumpre, no entanto, responder à questão de quais serão os comportamentos, realizados através da internet, que poderão entrar no âmbito do chamado recrutamento. A disseminação da mensagem tem sido feita através da publicação de vídeos com conteúdos considerados violentos, bem como a abordagem de potenciais recrutados através de plataformas de comunicação. A questão que nos prende é se a publicação desses vídeos, ainda que com conteúdo violento ou incitando à violência, também poderá ser considerada já como integrando o crime de recrutamento, visto que esta conduta está prevista no n.º3 do artigo 4.º embora com uma medida menos gravosa: «[q]uem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos».

A ser considerada a mensagem que, para além de disseminar uma mensagem que incite a prática de infrações terroristas, também o faça com o intuito de recrutar agentes, pode consubstanciar a prática de dois crimes e, por sua vez, ser punido em concurso de crimes¹⁶².

ARMANDO RAMOS, ao levantar a questão da dificuldade de provar as intenções do agente ao visualizar as ditas imagens¹⁶³, levanta-nos outra dúvida: o

Unternehmensdelikte» 1968, pp. 457 ss e Jorge Fonseca, Crimes de Empreendimento e Tentativa, 1986, *apud* Figueiredo Dias, 1988: 60.

Jorge Fonseca explica que a expressão *Unternehmen* surge ligada às formulações das antigas disposições de alta traição, onde no § 82 RStGB era dito que se compreendia como consumada toda e qualquer acção consistindo num comportamento dirigido de forma imediata à realização do tipo (1986: 20). Sobre a sua evolução, *vide* Jorge Fonseca, 1986: 20-22.

¹⁶⁰ Cf. p. 24.

¹⁶¹ Conde Fernandes realça que as redes internacionais, ligadas por células, utilizam a Internet como “campo de treino virtual”.

¹⁶² *Vide* Conde Fernandes, 2010: 223.

¹⁶³ Comparando a criminalização de mensagens propagandeando o recrutamento de terroristas com a visualização e partilha de sites de conteúdo pornográfico infantil, Armando Ramos (2015: 119) entende

potencial recrutado poderá ser perseguido penalmente por entrar em contacto com o *recrutador*? Em que momento se encontra concluído o recrutamento?

Quanto à primeira questão, a resposta parece ser positiva, na medida em que a LCT pune as condutas descritas no artigo 2.º (os crimes de organizações terroristas), nomeadamente a adesão a um grupo, organização ou associação terrorista, com pena de prisão de 8 a 15 anos¹⁶⁴. O n.º2 do artigo 2.º combina a promoção, a fundação, a adesão e o apoio de grupos, organizações ou associações terroristas, de forma não cumulativa, com a mesma moldura penal. O que significa que quem simplesmente aderir¹⁶⁵ a um grupo, organização ou associação terrorista, por qualquer motivo, embora nunca pratique quaisquer atos no exercício dessa adesão, irá ser acusado de um crime com a mesma moldura penal que um agente que apoie o mesmo grupo, organização ou associação com informações ou meios materiais, condutas facilitadoras da prática de outros crimes. Do mesmo modo, quem adere a um grupo, organização ou associação terrorista irá sempre ter uma moldura penal superior em comparação com o agente que pretenda recrutar¹⁶⁶, independentemente do número de agentes que este alcance e do papel que o agente que adira ao grupo, organização ou associação terrorista efetivamente tenha dentro da mesma. Não cabendo, no âmbito deste trabalho analisar com detalhe esta opção do legislador, é apenas de realçar que resulta estranho esta escolha de molduras penais nitidamente desproporcionais.

que se trata de uma tipificação diversa, na medida em que *«existe um mínimo de informação disponibilizada de quem efectua tal recrutamento, modus de operar, qual o tipo de jihad, etc.»*, ao contrário do que se passa na pornografia infantil, onde *«não existe qualquer tipo de informação, levando apenas a que a sua visualização, correntemente associada com a contrapartida de terem de ser realizados determinados pagamentos para tal, incrementa a produção deste tipo de filmes pornográficos utilizando e explorando a situação frágil dos menores aí envolvidos e obtendo o visualizador satisfação pessoal de cariz sexual»*. Para o Autor, é necessário “separar as águas”, já que a *«simples visualização na internet de conteúdos terroristas, ainda que com fins de recrutamento, nada indicia essa prática, quando desacompanhada de outros elementos que visem comprovar esse efectivo recrutamento, como será o caso da troca de mensagens de correio eletrónico, por exemplo, em que se demonstre o interesse do recrutado em entrar na dita organização»*. Efetivamente, *«[t]anto mais será difícil provar que a simples visualização visa essencialmente o recrutamento ou a prática de actos preparatórios pois constata-se que, como veremos, existem na internet muitos meios de ocultar a identidade, quer de quem publica este tipo de mensagens – maioritariamente vídeos – quer de quem visualiza os mesmos, e não será com a criação deste tipo de ilícito criminal que se vai deixar de recrutar membros para as redes terroristas ou diminuir o seu recrutamento (Azevedo, 2009)»* Armando Ramos, 2015: 119.

¹⁶⁴ Cf. n.º2 do artigo 2.º da LCT, que declara: *«[q]uem promover, ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informação ou outros materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos»*.

¹⁶⁵ Aderir significa, para Conde Fernandes (2010: 209) *«tornar-se membro participando sistematicamente nas actividades da organização terrorista, embora não necessariamente todas, podendo assumir uma especialização pela distribuição interna de tarefas (em co-autoria), sem necessitar sequer de conhecer todas elas; significa ainda subordinar-se à vontade colectiva da organização, mostrando-se disponível a todo o tempo para cumprir as suas ordens e orientações, o que reflete a sua especial perigosidade»*.

¹⁶⁶ Comparando o n.º2 do artigo 2.º com o n.º6 do artigo 4.º, ambos da LCT.

Relativamente à segunda questão – i.e. do momento em que se considera concluído o processo de recrutamento –, não obtemos neste caso uma resposta por parte da lei, uma vez que esta não identifica o que significa pertencer a um grupo, organização ou associação terrorista, apenas referindo quais são os factos expectáveis que os membros desta pratiquem.

Aproveitando-nos da proximidade com o crime de associações criminosas, FIGUEIREDO DIAS expõe como requisitos para que estejamos perante uma associação, grupo ou organização na aceção do (então) artigo 287.º: (i) *um qualquer pacto mais ou menos explícito entre participantes*¹⁶⁷; (ii) *uma pluralidade de pessoas*¹⁶⁸; (iii) *uma certa duração*¹⁶⁹; (iv) *um mínimo de estrutura organizatória*¹⁷⁰ (v) *um qualquer processo de formação da vontade coletiva*¹⁷¹, (vi) e por último, *um sentimento comum de ligação por parte dos membros da associação*¹⁷².

¹⁶⁷ Figueiredo Dias, 1988: 32-33 «*não basta o mero acordo ou a decisão conjunta de uma pluralidade de pessoas com vista à prática de crimes – sob pena de irremediável confusão entre o tipo de associações criminosas e a figura da co-autoria. Falar em associação ou organização não impõe que esta seja dotada de personalidade jurídica, ou que surja como referência de um património autónomo. Impõe-se sim que exista um encontro de vontades dos participantes – um qualquer pacto mais ou menos explícito entre eles que tenha dado origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros*». O Professor cita a doutrina alemã (Lenckner) que fala de uma «*subordinação da vontade individual à vontade do todo*», Maurach e Schroeder que exigem «*a prossecução de fins comuns mediante a subordinação do indivíduo ao todo*» e ainda Rudolph declara a «*existência, no interior da organização, de certas estruturas de decisão reconhecidas pelos seus membros*». Na doutrina italiana, o Autor relembra Patalano que expõe a «*instituição*» já como uma «*declaração de guerra*», na medida em que a simples existência de uma, mais ou menos complexa, formalizada, sofisticada e hierarquizada já exprime esse valor perante a ordem estadual.

¹⁶⁸ Figueiredo Dias (1988: 35) declara duvidoso o número mínimo de pessoas que a devam constituir. Hoje em dia, o problema não parece colocar-se, uma vez que a lei penal portuguesa afixa um conjunto mínimo de 3 pessoas (cf. n.º 5 do artigo 299.º do CP).

¹⁶⁹ «*que não tem de ser a priori determinada, mas que tem forçosamente de existir para permitir a realização do fim criminoso pela associação. Só com esta componente, na verdade, se terá atingido o limiar mínimo de revelação de um ente autónomo, que supere o mero acordo ocasional de vontades*» cf. Figueiredo Dias, 1988: 36.

¹⁷⁰ «*Que não tem de ser tipicamente cunhada, mas antes se pode concretizar pelas formas mais diversas. Como atrás se viu, ao contrário do que sucedeu em épocas passadas – notoriamente condicionadas por certas representações da criminalidade em concretos períodos históricos –, não têm hoje de ser referenciados limiares mínimos de organização, hierarquização, funcionamento ou divisão de trabalho: a associação pode surgir e viver despida destes atributos exteriormente reconhecíveis. Mas há-de seguramente aparecer como algo susceptível, por natureza, de os assumir. Não basta assim, por exemplo, a existência de um líder, em redor do qual se agreguem vários indivíduos que se submetem à vontade daquele: pode desta maneira estar-se perante aquilo que criminologicamente se designa por bando, mas não perante uma associação criminosa (Lenckner). Esta exige sempre o mínimo de estrutura organizatória que sirva de substrato material à existência de algo que supere os simples agentes*» Figueiredo Dias, 1988: 36-37.

¹⁷¹ «*se bem que com absoluta indiferença pelo princípio autocrático ou democrático. Só importa não confundir o processo de formação autocrática de uma vontade coletiva com a expressão da vontade individual do chefe de um bando ou de uma rede que actuam em nome e no proveito exclusivos daquele, ou dos quais ele se serve para a realização de fins criminosos pessoais. Seria o erro – e, na verdade, um erro clamoroso – aceitar a existência de uma associação criminosa quando, v. g., o dono de uma*

Tendo sido traçados os requisitos sumariados para a criação de uma associação criminosa, no caso de um grupo, organização ou associação terrorista, a sua criação parece levantar menos dificuldades.

O artigo 2.º, n.º1 da LCT já considera como grupo, organização ou associação terrorista *«todo o agrupamento de duas ou mais pessoas»*, ao contrário do n.º5 do artigo 299.º, que exige um conjunto de, pelo menos, três pessoas *«atuando concertadamente durante um certo período de tempo»*.

Desta forma, bastando duas pessoas, i.e., uma que recrute, e outra recrutada, estará consubstanciado o crime de terrorismo do artigo 4.º, n.º6 em conformidade com o artigo 2.º da LCT. Apesar de ambos os crimes – organização criminosa e terrorismo –, parecerem apresentar a mesma gravidade e necessidade da pena, através de uma *tutela exceccionalmente avançada de bens jurídicos*¹⁷³, parece que são usadas duas bitolas para os preencher.

Com base nesta interpretação, qualquer pessoa, independentemente de ter estado alguma vez ligada a um grupo, organização ou associação terrorista que recrute outrem para a prática dos crimes previstos no n.º1 do artigo 2.º da LCT com as intenções nele explanadas, será acusado do crime de terrorismo¹⁷⁴.

Inclusivamente, à luz da legislação portuguesa atual, combinando o artigo 4.º, n.º6 com o artigo 2.º, n.º2, concluir-se-á ser possível a existência de um grupo, organização ou associação considerada terrorista, e como tal os seus agentes suscetíveis de punição com penas compreendidas entre 2 a 5 anos ou 8 a 15, respetivamente, sem

empresa legal decide a certa altura cometer crimes por intermédio dela e nesta tarefa colaboram os empregados ou subordinados. Em casos destes não existirá, seguramente, uma «associação criminosa» Figueiredo Dias, 1988: 37.

¹⁷² O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relator Orlando Gonçalves, processo n.º 274/10.9JALRA-B.C1, de 27-11-2013, estabeleceu, como requisitos para a congregação do crime de associação criminosa, os seguintes elementos essenciais: *«um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa»*.

¹⁷³ A expressão é de Figueiredo Dias, 1988: 59.

¹⁷⁴ Já para os crimes de associação criminosa, Figueiredo Dias (1988: 59) entende que *«o auxílio ao recrutamento não poderá ser «um qualquer» - como a letra da lei poderia levar a supor -, mas tem de, em abstracto e objectivamente, revelar-se proveitoso para a associação no sentido de idóneo à captação de novos membros por parte de um não-membro»*. O Autor aplica o mesmo que diz sobre o apoiante em sentido estrito, isto é, que a exigência de carácter geral que parece resultar da lei portuguesa deverá ser feita uma *«interpretação prudentemente restritiva de certos elementos constitutivos do tipo, como forma de impedir um alargamento inconveniente da incriminação e tornar possível o respeito pelo princípio da legalidade»*, pela sua *«tutela exceccionalmente avançada de bens jurídicos»*.

que qualquer um desses agentes, quer recrutador, quer recrutado, tenham produzido um dano a outrem ou tenham sequer produzido alterações em esfera jurídica alheia.

Relativamente ao comportamento que consubstancia a prática de recrutamento, a Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, que altera a Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo, na alínea *b)* do n.º1 do artigo 3.º (Infrações relacionadas com as atividades terroristas) refere que o recrutamento para o terrorismo é entendido como a *solicitação* a outra pessoa para a prática de quaisquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º1 do artigo 1.º ou no n.º2 do artigo 2.º.

Desta forma, basta um pedido do recrutador a outrem para praticar as infrações descritas? Não parece ser essa a melhor solução à luz do nosso Direito. Efetivamente, a letra da LCT, apesar das críticas que foram tecidas, parece concretizar melhor a conduta do agente, evitando dúvidas na sua aplicação.

Assim, através da alínea *b)* do n.º1 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, que altera a Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo, podemos retirar que basta um *mero pedido* a outrem que pratique um crime para que o crime de recrutamento fique preenchido.

A utilização da expressão *solicitação* levanta questões relativamente à aceitação por parte de outrem. É necessário um acordo de vontades? A solicitação pode ser considerada uma mera proposta sem aceitação ou será necessário um acordo de vontades? Face a estas questões, parece-nos que a terminologia adotada pela lei portuguesa resulta mais adequada, na medida em que falar em recrutar implica, à partida um acordo entre ambos, ainda que implícito, do caminho a seguir.

Quanto à punição do recrutamento para o terrorismo, será necessário que o recrutamento seja consumado, ou basta a tentativa para o Direito Penal intervir? ALMEIDA FONSECA refere a orientação da doutrina alemã, cuja maioria entende que o CP alemão, ao incluir um preceito sobre o empreendimento, este se aplica de forma válida para todos os delitos de empreendimento, definindo-o como consumação e tentativa, partindo da equiparação das duas formas delituosas, que significam um agravamento da reação jurídico-penal em casos particulares onde é necessária uma

antecipação da proteção de bens jurídicos determinados «*face a condutas que os põem em perigo*»¹⁷⁵.

A letra da lei refere *aquele que recrutar*, donde se retira que o processo de recrutamento terá de ser concluído com sucesso, não obstante o que parece resultar da Decisão-Quadro que utiliza a expressão “*solicitar*”, o que parece significar que basta um pedido para que a conduta seja punível. De qualquer forma, apesar de na LCT, não parecer resultar que a tentativa, leia-se, a *mera solicitação*, seja punida, aplicando subsidiariamente o disposto no Código Penal¹⁷⁶, que prevê a punição da tentativa *se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a três anos de prisão*, resulta claramente na sua aplicação¹⁷⁷, uma vez que, como se viu, o n.º6 do artigo 4.º prevê a pena de 1 a 5 anos de prisão para o recrutamento, pelo que a diferença de terminologia resulta irrelevante pela reprodução de resultados iguais.

Por outro lado, se a tentativa for inidónea, o Código Penal parece já não atribuir punibilidade à tentativa, se o meio empregado pelo agente resulte inapto ou inexistir o objeto essencial à consumação do crime¹⁷⁸.

Não tem sido esse o seguimento da doutrina alemã, que, segundo ALMEIDA FONSECA, entende: «[n]a tentativa que está equiparada à consumação estão compreendidas todas as suas formas, incluindo, pois, os casos da chamada tentativa inidónea», compreendendo que «*não faria sentido tornar mais estreito o âmbito do punível no crime de empreendimento, por relação à tentativa, se se considerar que a função da criação de tais delitos é evidentemente estabelecer uma regulamentação mais*

¹⁷⁵ Jorge de Almeida Fonseca, 1986: 22.

Figueiredo Dias (2011: 315) dá a definição de crimes de empreendimentos, sendo aqueles «*em que se verifica uma equiparação típica entre tentativa e consumação*» e, como tal, «*a tentativa do cometimento do facto é equiparada à consumação e é como tal jurídico-penalmente tratada*».

¹⁷⁶ Nos termos do artigo 7.º da LCT.

¹⁷⁷ Desde que se verifique o dolo em «*qualquer uma das três modalidades (dolo directo, dolo necessário e dolo eventual)*». Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relator Alberto Mira, processo n.º 158/11.3PATNV.C1, de 20 de Junho de 2012.

¹⁷⁸ Cf. o n.º3 do artigo 23.º do Código Penal. Sobre a expressão “*manifesta*” ineptidão ou inexistência, Jorge de Almeida Fonseca (1986: 100) identifica que se trata de atos praticados pelo agente através de meios inaptos «*para a consecução do objectivo que tem em vista, ou porque inexistente o objecto no qual se poderia materializar a vontade criminosa do autor*», que por sua vez não se traduzem num «*perigo real para o bem jurídico protegido*», que «*no momento em que são levados a cabo, e em termos de normalidade das situações da vida e da existência comuns, sejam vistos como portadores do perigo que efetivamente não comportam*».

A Relação do Porto acordou que «[o] meio é inepto quando seja claro, ostensivo, público ou evidente, não para o agente, mas para a generalidade das pessoas que não pode conduzir à consumação do crime». Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relatora Élia São Pedro, processo n.º 1936/10.6JAPRT.P1, de 11 de Junho de 2014.

severa face ao § 43... ”»¹⁷⁹. Efetivamente, o § 23 III do StGB refere que o tribunal, nos termos do § 49 II, poderá dispensar a pena ou mitigar a sentença conforme entender ao agente que, devido a ofensa grosseira, não perceber que a tentativa, em nenhuma circunstância, levaria à conclusão da ofensa devido à natureza do seu objeto ou aos meios empregues.

Ainda que, à partida, se pudesse equacionar que a punição da tentativa no caso dos crimes de terrorismo, em especial do crime de recrutamento para o terrorismo, podia comportar uma manifestação do Direito Penal do inimigo, a punição da tentativa resulta da especificidade da medida da pena ser superior a 3 anos, o que acontece com outros crimes, pelo que não se trata de uma especificidade apenas aplicável ao crime em análise, concluindo-se que neste caso não existirá uma tendência especialmente gravosa que ponha em causa a intervenção penal¹⁸⁰. O facto de, como se viu, a tentativa inidónea não ser sujeita a punição, ao contrário do que acontece no caso alemão, vem corroborar com a posição defendida.

Face ao exposto, parece que o crime de recrutamento para o terrorismo levanta problemas de maior quanto à sua concretização. Por um lado levanta muitas dúvidas quanto ao seu preenchimento, partindo da qualidade do recrutador e finalizando no momento em que este se considera concluído. Por outro lado, e para o que aqui mais nos importa, pune criminalmente uma conduta que pode nunca vir a causar qualquer dano na esfera jurídica de outrem.

¹⁷⁹ Jorge de Almeida Fonseca, 1986: 22.

¹⁸⁰ Veja-se, v.g., o caso dos crimes previstos e punidos pelo artigo 134.º (*Homicídio a pedido da vítima*), artigo 154.º (*Coação*), artigo 154.º-A (*Perseguição*), artigo 173.º (*Atos sexuais com adolescentes*), artigo 174.º (*Recurso à prostituição de menores*), n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 176.º (*Pornografia de menores*), artigo 194.º (*Devassa por meio de informática*), artigo 203.º (*Furto*), n.º1 do artigo 5.º (*Abuso de confiança*), artigo 208.º (*Furto de uso de veículo*), artigo 212.º (*Dano*), artigo 217.º (*Burla*), n.º1 do artigo 219.º (*Burla relativa a seguros*), n.ºs 1 e 2 do artigo 221.º (*Burla informática e nas comunicações*), artigo 224.º (*Infidelidade*), n.º1 do artigo 225.º (*Abuso de cartão de garantia ou de crédito*), n.º1 do artigo 226.º (*Usura*), artigo 254.º (*Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*), n.º1 do artigo 256.º (*Falsificação ou contrafacção de documento*), artigo 258.º (*Falsificação de notação técnica*), artigo 259.º (*Danificação ou subtracção de documento e notação técnica*), artigo 263.º (*Depreciação do valor de moeda metálica*), alínea a) do n.º1 do artigo 265.º (*Passagem de moeda falsa*), alínea b) do n.º1 do artigo 266.º (*Aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação*), artigo 270.º (*Pesos e medidas falsos*), artigo 336.º (*Falsificação do censeamento eleitoral*), artigo 337.º (*Obstrução à inscrição de eleitor*), artigo 338.º (*Perturbação de assembleia eleitoral*), artigo 339.º (*Fraude em eleição*), artigo 341.º (*Fraude e corrupção de eleitor*), n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 367.º (*Favorecimento pessoal*), e n.º2 do artigo 374.º (*Corrupção ativa*), sendo que para todos os crimes referidos está prevista pena de prisão até 3 anos, não obstante a tentativa ser punível.

Na nossa opinião, a LCT parece resultar necessária, atentos os valores que visa proteger, não obstante as críticas que se teceram quanto às medidas (des)proporcionais que transpõe.

Como se viu, a punição do recrutamento para a prática de factos que consubstanciam a prática de crimes de terrorismo, assenta numa lógica de prevenção, e não de retribuição, uma vez que antecede a prática do crime.

Com a sua tipificação, pretende-se portanto prevenir que o crime seja cometido pelo agente que esteja prestes a comete-lo, criando-lhe o medo em ser punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

Apesar de a punição do recrutamento parecer, à partida, antecipar uma conduta que pode nunca vir a ter quaisquer consequências nefastas, ignorar tais condutas, deixando “para depois” a sua punição poderá resultar numa ineficiência da ação penal.

Pelas regras da experiência, é possível aferir que quem recruta não pretende fazê-lo apenas sem ter outras intenções para além disso. Efetivamente, apesar de o sentimento de pertença ser elemento caracterizador da forma inspiradora, geralmente o agente não irá recrutar novos membros exclusivamente para se sentir integrado, querendo com isto dizer que a prática tem demonstrado que os crimes de terrorismo são acompanhados da intenção de praticar outras infrações criminais. O mesmo se poderá dizer do recrutado, que ao aderir a um grupo, organização ou associação terrorista, o fará com uma segunda intenção que será contribuir para a mesma, através do mais variado conjunto de ações, muitas delas constituindo crimes autónomos, na persecução do fim do grupo, organização ou associação.

Face ao exposto, a análise ora traçada leva-nos a propender no sentido de entender que a incriminação do recrutamento não resulta violadora dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, não configurando, por sua vez, uma manifestação do Direito Penal do inimigo.

Tendo sido identificadas pela doutrina como manifestações do Direito Penal do inimigo (i) o adiantamento da punibilidade; (ii) a desproporcionalidade das penas previstas; e (iii) a diminuição ou supressão de garantias processuais, não parece que seja o caso do crime de recrutamento para o terrorismo, na medida em, por um lado, o risco que é criado pela prática do ato pelo agente justifica a intervenção penal antecipada. Por

outro lado, existe uma estreita proporcionalidade entre o perigo criado para a ordem jurídica. Finalmente, não se verificam diminuições de garantias processuais específicas ao n.º6 do artigo 4.º que justifiquem considerar-se que está a ser aplicado outro tipo de tratamento ao agente, concretamente, um “tratamento desprestigiante”.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lógica de prevenção intimamente ligada aos crimes de terrorismo não parece assentar tanto numa questão de *luta* ou *combate*, mas mais numa questão de evitar riscos desnecessários, antecipando a intervenção penal para um momento em que bens jurídicos ainda não foram postos em causa, e ainda não seja necessário combater tais perigos. Parece, desta forma, que a utilização de medidas preventivas pretende *não combater*, mas sim *evitar* que seja necessário combater.

O recrutamento de agentes para a prática de crimes de terrorismo, tipificados pelo artigo 2.º, n.º1 da LCT, constitui um perigo para a ordem jurídica de qualquer Estado, na medida em que, a conduta do agente é potenciadora da consumação de outros crimes com gravidades diversas.

Numa perspetiva preventiva, o legislador optou por antecipar essa tutela, punindo a prática do recrutamento, que por si mesmo, não lesa qualquer bem jurídico protegido, querendo com isto dizer que o recrutamento carece da conduta do recrutado para causar um *dano*. Não obstante, não significa que a conduta do recrutador não cause perigo na ordem jurídica, perigo esse que pode – e deve – ser evitado.

A conclusão de serem admissíveis medidas restritivas ou excessivas, potencialmente violadoras da dignidade da pessoa humana por configurar um “tempo de crise” não deve ser aceite, na medida em que pode facilmente resultar numa situação em que tais medidas durem *ad aeternum*. Com efeito, a expressão “tempo de crise” utilizada por diversas vezes, principalmente em momentos cujos Estados se sentem mais ameaçados (devido a ameaças terroristas ou atentados consumados) não pode justificar toda e qualquer ingerência na esfera jurídica do agente, tampouco poderá justificar que se perpetuem estados de emergência ou de sítio para legitimar a aplicação de medidas de *combate* ou de *luta*.

Não queremos com isto dizer que nos devemos “*habituarmos*” à criminalidade, devemos sim optar por medidas que se adaptem a estas novas exigências, tendo sempre em consideração que não se trata de uma moda passageira, mas de um perigo, que apesar de “*combatido*” com sucesso, poderá sempre regressar, inclusivamente com outras “*armas*”, ponto em que o Direito também deverá recolher as suas, sem nunca abdicar dos valores basilares que hodiernamente o caracterizam.

Na nossa opinião, a existência de uma terceira via, aplicável ao terrorismo, importando uma «*frente de guerra*» para o combater, também não será o caminho a seguir, na medida em que, tal como foi dito, o terrorismo, embora comportando uma gravidade tendencialmente grande e com repercussões que podem ser consideravelmente maiores que noutros crimes previstos e punidos criminalmente, deverá ser *combatido* exatamente através dos mecanismos que o Direito Penal criou para o efeito e que tem vindo a aperfeiçoar através da experiência. Julgar o terrorismo como uma exceção que tem de ser combatido naquele determinado momento é subestimar o comportamento criminoso com a esperança de que o problema irá ser ultrapassado completamente durante um período de tempo mais ou menos grande, erradicando-se por completo o mal. Ou então, por outro lado, é transformar o Estado de Direito num Estado de guerra, por momento indeterminado, com as consequências que isso possa vir a ter para a sociedade e a possível frustração das expectativas de que o problema seja resolvido prontamente – cuja certeza é impossível de prever.

A utilização de expressões como «*luta*», «*combate*» ou até «*guerra*», embora possam resultar em interpretações erróneas acerca da intenção do Direito Penal, não deverão ser interpretadas literalmente, não obstante a necessidade de acautelar a utilização desses termos. Efetivamente, a utilização de tais expressões não pode significar que se está perante um campo de batalha, onde é admissível todo e qualquer meio para aniquilar a parte contrária, onde se afigura o terrorista.

Também, ao figurar que “*do outro lado*” se encontra o terrorista, não significa que aquele seja o inimigo. Tal interpretação frustraria por completo a finalidade do Direito na reintegração do agente na sociedade, a par da igualmente importante finalidade de proteção do bem jurídico¹⁸¹. Não obstante, não se quer com isto dizer que as condutas do agente não careçam de intervenção por parte do Direito Penal, mas sim que aquele deverá ser sempre considerado como cidadão, e como tal ser-lhe-á aplicado o Direito Penal (*do cidadão*).

¹⁸¹ Cf. n.º1 do artigo 40.º do Código Penal.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE NOVAIS, R.,

Media e (Ciber) Terrorismo, in *Cibersegurança*, n.º133 – 5ª Série, Nação e Defesa, Lisboa: Instituto de Defesa Nacional, 2012.

ALMEIDA FONSECA, J. C.,

Crimes de empreendimento e tentativa: Um estado com particular incidência sobre o direito penal português, Coimbra: Almedina, 1986.

BACHMAIER WINTER, L.,

“Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” in *2.º Congresso de Investivação Criminal*, ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes (Org.) Coimbra: Almedina, 2010.

BARBOSA DE MACEDO, J. C.,

“Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal”, in *Direito Penal hoje – Novos desafios e novas respostas*, Manuel da Costa Andrade, Rita Castanheira Neves (Org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CÉU PINTO, M.,

“A jihad global e o contexto europeu”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Centro de Investigação do ISCPSI, Manuel Monteiro Guedes Valente (Org.), Coimbra: Almedina, 2009.

CONDE FERNANDES, P.,

“Comentário à Lei n.º52/2003, de 22 de Agosto”, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Volume 1, Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (Org.) Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

COSTA GONÇALVES, F.,

“A internet como Meio de Difusão do Radicalismo Islâmico”, in *O Mar no Espaço da CPLP*, n.º128 – 5ª Série, Nação e Defesa, Lisboa: Instituto da Defesa Nacional, 2011.

DIAS RAMOS, A.,

“A Prova Digital na investigação do (ciber)terrorismo”, in *Investigação Criminal* nº9 (Dez-2015), Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Lisboa, 2015.

FERREIRA LEITE, I.,

“«Arrependido»: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, in *2.º Congresso de Investivação Criminal*, ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes (Org.) Coimbra: Almedina, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, J.,

As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º), Coimbra: Coimbra Editora, 1988;

Direito Penal: parte geral – Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

“O problema do Direito Penal no dealbar do terceiro milénio”, in *Direito Penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, 1ª Edição, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sonia Fidalgo (Org.), Coimbra: Coimbra Editora, Julho, 2013.

GARCIA SAN PEDRO, J.,

“Respuesta jurídica internacional frente al terrorismo”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Centro de Investigação do ISCPSI, Manuel Monteiro Guedes Valente (Org.), Coimbra: Almedina, 2009.

JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M.,

Derecho penal del enemigo, segunda edición, Navarra: Thomson Civitas, 2006.

JAKOBS, G.,

El concepto jurídico penal de acción (trad. Manuel Cancio Meliá), Cuadernos de conferencias y artículos nº11, Universidade Externado de Colombia, Bogotá: Centro de Intestigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, 1996.

MUÑOZ CONDE, F.,

De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo, 1ª Edição, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

PALMA, M. F.,

“Crimes de Terrorismo e culpa penal”, in Sep. de: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

“Dos fundamentos da normatividade na filosofia ao problema do enquadramento pelo Direito do Terrorismo”, in *Anatomia do crime*, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra: Almedina, Nº 4 (Jul.-Dez) 2016.

PATHÉ DUARTE, F.,

“Jihadismo Global: a (in)coerência de uma estratégia de subversão?”, in *Nação e Defesa*, n.º128, Lisboa: Instituto de Defesa Nacional, 2011.

REIS BRAVO, J.,

“Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade: Breve Itinerário Crítico Sobre o Quadro Normativo de Prevenção e Combate à Criminalidade Organizada”, in *Polícia e Justiça*, n.º8 (Julho-Dezembro), Coimbra: Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, 2006.

REIS NOVAIS, A. J.,

As restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ROBERTO D’AVILA, F.,

“O Direito Penal na luta contra o terrorismo”, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Politico-criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld*, 1ª Edição, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sonia Fidalgo (Org.), Coimbra: Coimbra Editora, Julho, 2013.

PATRÍCIO, R.,

Crimes de Perigo (Breves notas, a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Abril de 1999, 2002, disponível em <https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/388.pdf>

PEREIRA, R.,

Boletim da Ordem dos Advogados, n.º133/134 (Dezembro/Janeiro), Lisboa: Ordem dos Advogados, 2016.

“Terrorismo e Insegurança. A resposta Portuguesa”, in *Revista do Ministério Público* n.º98, (Abril-Junho), Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2004.

ROBERTO D’AVILA, F.,

“O Direito Penal na luta contra o terrorismo”, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Politico-criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld*, 1ª Edição, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sonia Fidalgo (Org.), Coimbra: Coimbra Editora, Julho 2013.

SARDINHA, J. M.,

O Terrorismo e a Restrição dos direitos fundamentais em processo penal, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SILVA DIAS, A.,

“Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, in *Direito e Cidadania*, A.9, n.º27, Praia, 2007/2008.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.,

La expansión del derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. rev. e ampl., Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA MENDES, P.,

Lições de Direito Processual Penal, Coimbra: Almedina, 2013.

VII. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relator Alberto Mira, processo n.º 158/11.3PATNV.C1, de 20 de Junho de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/25eed5f19e67c9a080257a32003ccf6e?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relator Orlando Gonçalves, processo n.º 274/10.9JALRA-B.C1, de 27 de Novembro de 2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relatora Élia São Pedro, processo n.º 1936/10.6JAPRT.P1, de 11 de Junho de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/361d90f535f659ec80257d0800387353?OpenDocument>